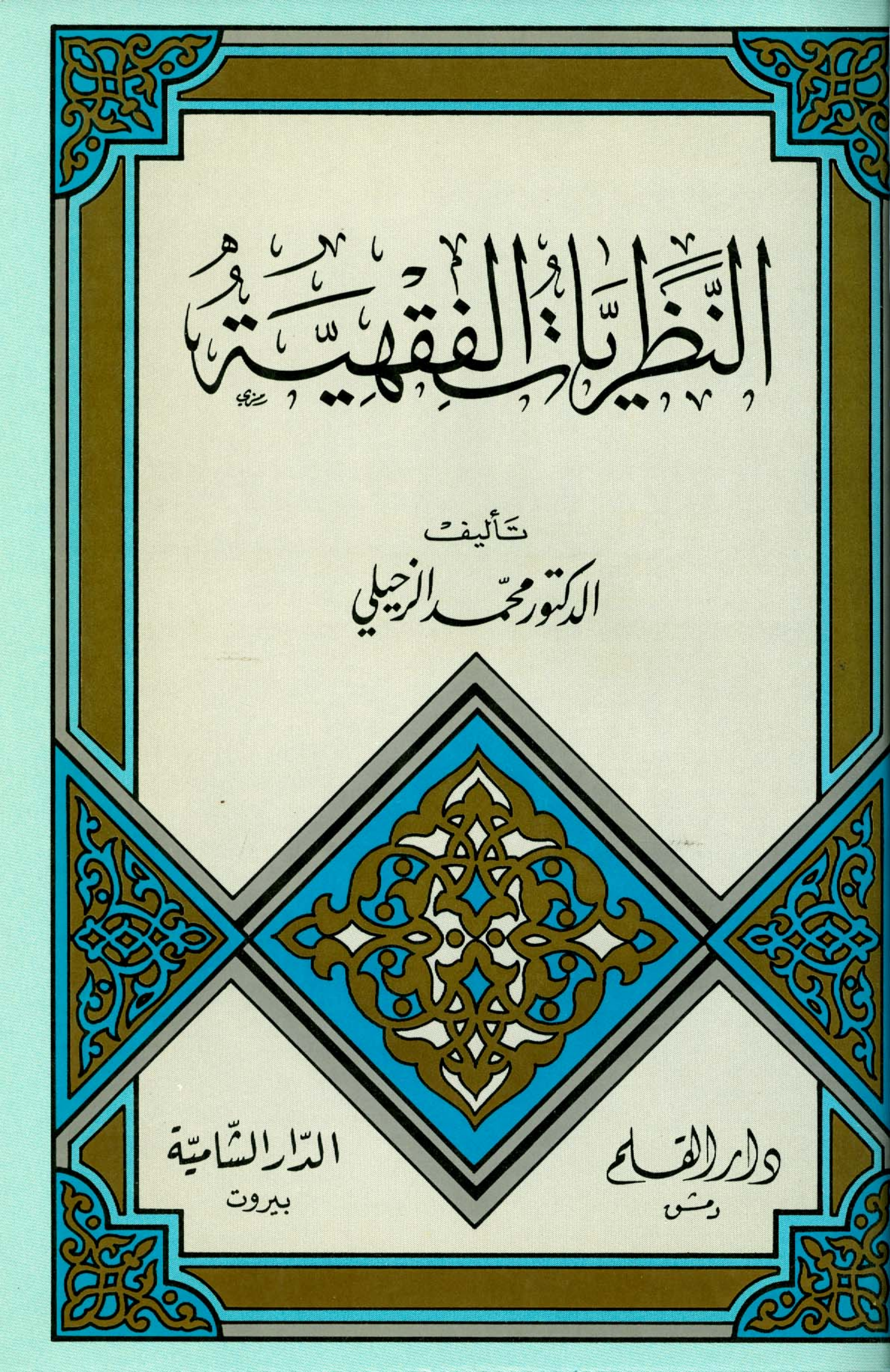


النظريات الفقهية
تأليف
الدكتور محمّد الزحيلي
الدار الشامية
بيروت
دار القلم
دمشق



النظريات الفقهية

نظرية المؤيدات التأديبية (الحدود - القصاص - التعزير)

نظرية المؤيدات المدنية (البطلان - الفساد)

نظرية الأهلية والولاية - نظرية العرف - القواعد الفقهية

تأليف

الدكتور محمد الزحيلي

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة دمشق

دار القلم
دمشق

الدار الشامية
بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبَّنَا آتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا ﴾

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار القلم
للطباعة والنشر والتوزيع دمشق - حلبوني - ص.ب : ٤٥٢٣ - هاتف : ٢٢٩١٧٧

الدار الشامية
للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - ص.ب : ١١٣/٦٥٠١ - هاتف : ٣١٦٠٩٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، الرحمٰن الرحيم، مالك يوم الدين، إيَّاك نعبدُ وإياكَ نستعين.

الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونتوب إليه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

الحمد لله الذي أنزل في كتابه الكريم على رسوله الأمين: ﴿إقرأ باسْم ربِّك الذي خَلَق، خَلَقَ الإنسانَ مِنْ عَلَق، إقرأ وربُّك الأكرمُ، الذي علَّم بالقَلَم، علَّم الإنسانَ ما لَمْ يَعلم﴾ (سورة العلق) الآيات: ١ ـ ٥.

والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ الذي بعثه الله رحمة للعالمين، ليعلم الناس الخير، ويخرجهم من الظلمات إلى النور، ويرشدهم إلى طريق الهداية والرشاد، ويأخذ بيدهم لحمل مشعل العلم والحضارة، بالوسيلة الربانية التي أمر بها في قوله تعالى: ﴿أدعُ إلى سبيلِ ربِّكَ بالحِكمَةِ والمَوْعِظَةِ الحَسَنَةِ، وجادِلهم بالتي هي أَحسَن، إنَّ رَبَّكَ هو أعلَمُ بمَن ضَلَّ عنْ سبيلِهِ، وهو أعلمُ بالمهتدين﴾ (سورة النحل) الآية: ١٢٥.

وبعد:

فإن النظريات الفقهية كثيرة، اخترت منها موضوعات أساسية، وهي:

١ ـ نظرية المؤيدات التشريعية في الفقه الإسلامي، وتشمل نظرية المؤيدات التأديبية في الحدود والقصاص والتعزير، ونظرية المؤيدات المدنية في نظرية البطلان ونظرية الفساد.

٢ ـ نظرية الأهلية بصورة مفصلة، مع عرض إجمالي لنظرية الولاية.
٣ ـ نظرية العرف بصورة مفصلة.
٤ ـ القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

وهذه الموضوعات متنوعة، فبعضها يدخل في الفقه، مثل القواعد الكلية، والشطر الأول من نظرية المؤيدات، وبعضها الآخر يتعلق بأصول الفقه، كنظرية الأهلية والعرف والشطر الثاني من نظرية المؤيدات، وهو الفساد والبطلان.

خطة البحث:

وسوف ندرس هذه البحوث بإسهاب وتفصيل إن شاء الله تعالى في أربعة أبواب، وهي:

الباب الأول: في نظرية المؤيدات التشريعية، وفيه تمهيد وفصلان.
التمهيد: في شرح المؤيدات وأقسامها.
الفصل الأول: في المؤيدات التأديبية في الشـريعـة، وفيه أربعة مباحث:
المبحث الأول: في الحدود.
المبحث الثاني: في القصاص.
المبحث الثالث: في التعزير.
المبحث الرابع: في الكفارات.
الفصل الثاني: في المؤيدات المدنية، وتحته مبحثان:
المبحث الأول: في نظرية البطلان.
المبحث الثاني: في نظرية الفساد.
الباب الثاني: في نظرية الأهلية والولاية، ويشمل فصلين:
الفصل الأول: في نظرية الأهلية.
الفصل الثاني: في الولاية.
الباب الثالث: في نظرية العرف.
الباب الرابع: في القواعد الكلية؛ وفيه مقدمة وفصلان.
المقدمة: نظرة تاريخية عن الفقه الإسلامي.

الفصل الأول: في تعريف القواعد وفوائدها ومصادرها والتأليف فيها. وفيه مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القواعد.
المبحث الثاني: في فوائد القواعد الكلية وأهميتها.
المبحث الثالث: في مصادر القواعد الكلية.
المبحث الرابع: في مؤلفات القواعد الفقهية.

الفصل الثاني: في شرح القواعد الفقهية.

وهذه البحوث تشكل مدخلاً للنظريات الفقهية الواسعة والكثيرة ويمكن لكل نظرية أن تستقل في كتاب خاص.

أهمية المدخل للنظريات وفائدته:

لا أريد التحدث عن أهمية الدراسة الفقهية، ولا عن خصائص الشريعة الإسلامية، ولا عن مزايا التشريع السماوي، لأن القارىء غالباً قد اطلع على ذلك في دراسة المدخل في الفقه الإسلامي، ولكني أريد أن أشير إلى مسوغ هذه الدراسة، وهدف هذا البحث في كليات الحقوق والشريعة.

لقد أصبحت الشريعة الغراء غريبة بين أهلها، وأضحت موضع الشك والريبة والاتهام من المنتمين إليها، وكانت ـ من قبل ومن بعد ـ هدف الأعداء بالنيل منها، والغض من شأنها، وتوجيه السهام إليها، كما أصبح المسلمون المتمسكون بدينهم وشريعتهم غرباء في وطنهم وأرضهم، وطن آبائهم المسلمين، وأرض أجدادهم من السلف الصالح، وابتعد الناس عن الدين، فصار من المفروض على العلماء والمؤمنين بها أن يقوموا بواجبهم في عرضها وشرحها وبيانها للناس، ومقارنتها مع التشريعات الوضعية المختلفة.

وبما أن للشريعة أحكامها الإلٓهية، واصطلاحاتها الفقهية، وقواعدها المستقلة، ومقوماتها الذاتية، فقد دعت الحاجة التعليمية الحكيمة أن يقدم

لدراستها مدخل عام، يمهد للطالب معرفة خصائص الشريعة، ويوضح أمامه معالم الطريق إلى دين الله، وحكم الله، وشريعة الله، وظهـرت في مختلف الجـامعات والكليـات مادة المـدخل للفقـه الإسلامي أو المـدخل للشـريعة الإسلامية.

وقد عرف رجال القانون في العالم قيمة الشريعة الغراء كمصدر ثرّ في الأحكام، فنادوا بذلك، وطالبوا في عدة مؤتمرات دولية باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع.

وعندما اتخذ رجال الانقـلاب العسكري الأول في سـورية خـطواتهم المشؤومة وراء المشرع المصري لاستمداد القانون المدني الفرنسي، خطوا بكل حماقة وغباء في ظل هذا التأثير الدولي، فنصـوا على كون الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً بعد القانون الفرنسي الأصل.

وقد اغتر بذلك كثير من السذج في سورية ومصر الذين تغرُّهم الابتسامة أو الكلمة الحلوة[١]، ووجدوا أن النص القانوني، وما ورد بشأنه في المذكرة الإيضاحية «التفسيرية» وما جاء في الأعمال التحضيرية ولجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصري، وجدوا أنه فتح عظيم للشريعة، ونصر كبير لدين الله[٢]، ولم يدركوا أن هذا النص هو كالدسم في السم، وكـالحلاوة التي يضعهـا الأهل للضحك على أطفالهم، وكالغطاء المبرقش الذي يستر به المجرمون وسائل الإجرام والقتل والإبادة.

والواقع أن رجال التشريع لجأوا إلى ذلك لتخدير الناس، وذر الرماد في

---

(١) يقول الشاعر:

إذا رأيتَ نيـوبَ الـلَيث بـارزةً ... فـلا تـظنَّنَ أنَّ الليـثَ يبتسـمُ

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية التي أصدرتها وزارة العدل المصرية، الجزء الأول، وانظر التقنين المدني المصري، الذي أصدره الدكتور جمال الدين العطيفي، الجزء الأول أيضاً، وانظر: المدخل للفقه الإسلامي، للشيخ عيسوي أحمد عيسوي ص ٨، المدخل، للشيخ محمد مصطفى شلبي ص ٧، المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٣١، المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقا ١/٣ وما بعدها.

العيون، والضحك السياسي أمام الجماهير المؤمنة، لأن القانون في نصه وحرفه، وفي مضمونه وأحكامه، قانون فرنسي، وأصوله رومانية، وجذوره أوروبية، وشروحه عند علماء الغرب، واجتهاداته في المؤلفات الفرنسية، وإنْ استمد بعض أحكامه من الفقه الإسلامي، للتطعيم والتمويه، وكلما غمض الأسلوب، أو قصر النص في البيان رجع الشراح والقضاة والمحامون إلى الأصل الفرنسي، ويمموا وجههم وراء أساتذتهم في باريس، واستنجدوا بالمراجع الفرنسية والكتب الغربية لإرواء الظمأ، وإيجاد الحلول، واستقراء النصوص، ودليلنا على ذلك هو الواقع الملموس اليوم بين شراح القانون، وفي ثنايا مؤلفاتهم المترجمة، وكان كثير من أساتذتنا في كلية الحقوق بدمشق والقاهرة يرددون بأن من يجهل اللغة الفرنسية، ولا يتقن قراءتها، لا يجوز له أن يحمل شهادة الحقوق، ولا يصح أن يكون متخصصاً في القانون، بينما وصل الجهل بالشريعة والفقه الإسلامي إلى أساتذة الحقوق الذين تخرجوا من فرنسا، فتطوع أحد عمداء كلية الحقوق إلى نقد مناهج ومقررات كلية الحقوق وكلية الشريعة لوجود التكرار في المواد، والازدواجية في المقررات لتدريس مقرر الفقه الإسلامي مع مقرر أصول الفقه، وقال: إنهما مادة واحدة، ويقول آخر: وهل في الشريعة إلا الزواج والطلاق؟

من هذا الواقع المؤلم تظهر فائدة المدخل لدراسة نظريات الفقه الإسلامي، وهي مادة مهمة وضرورية، ونحن بأمس الحاجة إليها، لأن الإسلام بدأ غريباً وسيعود غريباً كما بدأ فطوبى للغرباء، وأصبحنا اليوم في بدء الطريق لمعرفة حكم الله، والاطلاع على شريعته، ودراسة أحكامه، والدعوة إلى الاعتقاد به، فيأتي المدخل ليقدم الأرضية الصلبة لبحث الموضوعات الفقهية.

سائلاً المولى جل وعلا أن يأخذ بيدنا إلى ما فيه الخير والرشاد، وأن يعلمنا ما ينفعنا، وأن ينفعنا بما يعلمنا، وأن يمدنا بالعون والتوفيق لعرض شريعته الخالدة، وبيانها للناس، ﴿ليستيقن الذينَ أوتُوا الكتابَ، ويزدادَ الذينَ آمنُوا إيماناً، ولا يَرتابَ الذينَ أوتُوا الكتابَ والمؤمنونَ، وليقولَ الذينَ في قلوبِهم مرضٌ والكافرون: ماذا أرادَ اللهُ بهذا مثلاً؟ كذلك يضلُّ اللهُ من يَشَاءُ، ويهدي من يَشَاءُ، وما يَعلَمُ جنودَ ربِّكَ إلا هو، وما هي إلا ذكرى للبشر﴾ (سورة المدثر)

الآية: ٣١، وعلى الله التكلان، ومنه نستمد العـون، إنه نعم المولى ونعم النصير.

دمشق في ١٠ شوال ١٤١٢ هـ
الموافق ١٢/ ٤/ ١٩٩٢ م.

الدكتور محمد الزحيلي
أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله
بكلية الشريعة ـ جامعة دمشق

البَابُ الأَوَّل

فِي نَظَرِيَّةِ ٱلمؤيِّدَاتِ ٱلشَّرعِيَّةِ

وفيه تمهيد وفصلان.

التمهيد: في شرح فكرة المؤيدات وأهميتها كأداة ضرورية أساسية لحماية أحكام التشريع، وضمان طاعة المكلفين لها بمقتضى أنها أحكام إلزامية، وتقسيم هذه المؤيدات.

الفصل الأول: في المؤيدات التأديبية المتمثلة في نظام العقوبات في الشريعة.

الفصل الثاني: في المؤيدات المدنية، لدراسة نظرية البطلان ونظرية الفساد في الفقه الإسلامي.

التمهيد

فِي شَرحِ ٱلمُؤَيِّدَاتِ وَأَقسَامِهَا

الإسلام عقيدة وشريعة، شريعة للعمل والحياة، شريعة للنظام والتطبيق، شريعة للسعادة والتقدم، شريعة تنظم علاقة الإنسان بربه، وتُحكِمُ علاقته بنفسه، وتُواكِبُ علاقته بأفراد مجتمعه.

والشريعة حقوق وواجبات، أو مكاسب والتزامات، والله سبحانه وتعالى أرشد إلى أحكم السبل، فشرع الأحكام ونظم المعاملات، وضبط علاقات الناس بعضهم ببعض، وأقر الحقوق، وبين الحدود التي يجب الوقوف عندها، والالتزام بها، ومنع الاعتداء عليها.

قال تعالى: ﴿وتِلكَ حدودُ اللهِ فلا تَعتَدوها، ومن يَتَعَدّ حدودَ اللهِ فأولئكَ هُمُ الظالمون﴾ (سورة البقرة) الآية: ٣٢.

ولكن لنتساءل ما هي فائدة الحقوق؟ وما هي الجدوى من تقريرها والنص عليها، وتنميقها بالعبارات، وتسطيرها في الكتب، وصياغتها في اللوائح والقوانين والدساتير والإعلانات، والمناداة بها شعاراً للناس؟؟

وأضرب مثالاً لذلك «إعلان حقوق الإنسان العالمي» فقد نص على أعظم القيم والمبادىء والمثل، وتضمن جميع الحقوق، وشمل جميع مـا يهتم به الإنسان في حياتِهِ، وما يتطلع إليه في غده، وما يحلم به في مستقبله، حتى يخيل لقارئه أنه يُؤمِّن له الحياة المثالية الخالدة.

وقد صدقت عليه جميع الدول، والتزمت به الشعوب، ولكن ما هو الأثر العملي لذلك؟ وما هي النتيجة التي وصل إليها؟

ويكفي أن نلقي نظرة على الواقع العالمي، ومجريات الحياة الاجتماعية لنعرف الجواب؟ وقد حاز أفلاطون وأرسطو شرف السبق لهذا الإعلان قبل ألفي سنة في الجمهورية الفاضلة، ولكن ماذا استفاد البشر منها، وما هو نصيب الفرد العادي فيها؟ كما أعلنت الثورة الفرنسية مبادئها البراقة ثم أصدرت قانون حقوق الإنسان، فهل التزمت بالمبادىء والحقوق في بلادها؟ وهل نفذته مع شعوب الأرض؟ أم انطلقت في الاستعمار والاحتلال والاضطهـاد والإذلال لشعوب المعمورة؟

إذن: لا فائدة من منح الحقوق والنص عليها إذا لم تطبق فعلاً، ويتمتع بها الأفراد والجماعات، وتتوفر لها الحماية في التطبيق والتنفيذ، سواء أكان ذلك بالرغبة أم بالرهبة، بالعقيدة أم بالقوة، يقول إهرنج أحد العلماء الألمان: «الحق بدون قوة ملزمة كلمة فارغة لا معنى لها».

وقد كلف الله تعالى الدولة، الممثلة بسلطتها القضائية ونظامها القضائي، بحماية هذه الحقوق والحفاظ عليها، والقاضي هو الرقيب والحارس لتطبيق الأحكام وحفظ الحقوق وردها إلى أصحابها عند الاعتداء عليها، فيقيم العدل،

وينفذ شريعة السماء التي نزلت لإنقاذ النـاس من الظلم والـظلام، ويطبق حدود الله تعالى.

قال عز وجل: ﴿لَقَد أَرسَلنا رسلَنا بالبيناتِ، وأنزلْنا معهم الكتابَ والميزانَ ليقومَ النَّاسُ بالقِسطِ﴾ (سورة الحديد) الآية: ٢٥.

وقال تعالى ﴿وإذا حكمتُم بينَ النَّاسِ أن تَحْكموا بالعَدْل، إنَّ الله نِعِمَّا يَعِظُكُم به﴾ (سورة النساء) الآية: ٥٨.

وقال تعالى: ﴿يا أَيُّها الذينَ آمنوا كونُوا قوَّامينَ لله، شُهداءَ بالقِسْط، ولا يَجْـرِمَنَّكُم شَنآن قومٍ على ألا تَعدِلوا، اعْدلوا هو أقربُ للتقوى، واتقوا اللَّهَ، إنَّ الله خبيرٌ بما تعملون﴾ (سورة المائدة) الآية: ٨.

ونخلص مما سبق إلى بيان المبادىء الآتية:

١ ـ إن الإسلام دين ودولة، عقيدة وشريعة، إيمان ونظام، وإن الإسلام غرس العقيدة وأقام من القلب والإيمان رقيباً على تصرفات الإنسان لتبقى في مجال أحكام الله تعالى: ﴿كلُّ نفسٍ بما كسبتْ رَهينة﴾ كما أقام الدولة لضمان التطبيق والإشراف على التنفيذ.

٢ ـ إن الفائدة من الأحكام والتشريع وإعلان الحقوق والمبادىء تنحصر عند تطبيقها والالتزام بها، وتأمين الحماية لها، وبمعنى آخر: إن من أهم ميزات التشريع، وأول خصائص القانون أنه إلزامي يجب تطبيقه والتقيد به، وهذا ما يميزه من قواعد الأخلاق والعادات، فكل مكلف ملزم في أعماله ومعاملاته وجميع تصرفاته بالأوامر والنواهي الشرعية، سواء في ذلك أفعاله المادية الخاصة به والتي تصدر عنه، كالسير والكلام والأكل والشرب والاستعمال والاستهلاك والحيازة، أو تصرفاته المدنية في تعامله مع الآخرين لكسب الحقوق أو إسقاطها عن طريق الإرادة المنفردة، كالطلاق والإبراء، أو عن طريق العقود كالبيع والشركة وغيرها، فكل فعل أو تصرف يجب أن يتقيد بالنظام الشرعي والأحكام الشرعية والحدود المخصصة له والشروط والقواعد الموضوعة لتحقيق المصالح وتأمين المنافع بالعدل والقسطاس[1].

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام ٢/٦٠١ وما بعدها.

٣ ـ إن **الدولة تتكفل بحماية الحقوق** وتفرض أداء الواجبات والالتزامات وتضمن تنفيذ الأحكام الناظمة، ولذلك يضع التشريع السماوي بيد الدولة مجموعة من الأحكام التنظيمية لحماية الأحكام الشرعية الأصلية، ثم تتخذ الدولة أساليب مختلفة، وتصدر عدداً من الأنظمة والتوصيات والأوامر والقرارات لضمان التطبيق، وحسن التنفيذ، وتمنع من الوقوع في الشبهات والأخطاء والاضطراب والمشاكل، وتجنب الناس من النزاع والاختلاف في أعمالهم ومعاملاتهم.

ويجب على **الناس أن يلتزموا بالنظام**، وأن يراعوا أحكامه، وأن يتقيدوا بأوامره، فإن فعلوا ذلك وصل كل منهم إلى حقه، وعرف حدوده التي يجب أن يقف عندها، وعرف واجبه الذي يلتزم به تجاه غيره، وكسب ثواب الله ومرضاته في تطبيق شرعه، وكانت الأعمال والمعاملات في إطار التشريع الذي يهدف إلى الاستقرار والعدل، وإن خرج الناس عن النظام وتلاعبوا بالأحكام، وأهملوا قواعده وشروطه وقعوا في غضب الله، وسقطت ثمرات الأعمال، وحبط الجهد المبذول، وفقد التصرف نتائجه المبتغاة.

هذه الأحكام التي تضمن حسن سير العدالة، وحسن تنفيذ التشريع، وحسن المحافظة على الحقوق والالتزام بها، والتقيد بحدودها تسمى بالاصطلاح القانوني الحديث: **المؤيدات**.

والمؤيدات لا بد منها في كل تشريع أو قانون، فإذا كانت هذه المؤيدات صادرة من الشارع الحكيم، وتتوقف على ورود الشرع، وتؤخذ من مصادر التشريع الإسلامي سميت **مؤيدات شرعية**[1].

وقد عرف الأستاذ الزرقا المؤيدات الشرعية بأنها:

---

(١) وتسمى المؤيدات أيضاً بالاصطلاح الفقهي **بالضوامن**، جمع ضامن، لأنها تضمن الطاعة للشرع القائم، وتتكفل بها، كما تسمى في اصطلاح الفقهاء المسلمين **بالزواجر** لأنها تزجر المكلف عن مخالفة الشرع، ولذا أطلق ابن حجر الهيثمي هذا الاسم على كتابه «الزواجر عن اقتراف الكبائر»، مطبوع بمكتبة البابي الحلبي بمصر.

«كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية»[1].

وهذا يعني أن أحكام الشريعة قسمان:

١ ـ أحكام أصلية: نزلت لبيان الحقوق والواجبات، وتنظيم علاقة الإنسان بربه، وعلاقة الإنسان بنفسه، وعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان.

٢ ـ أحكام تأييدية: وضعت لحماية الأحكام الأصلية، وضمان تطبيقها وحسن تنفيذها والالتزام بها، وهي موضوع بحثنا في هذا الكتاب.

وهذه الأحكام التأييدية ضرورية، ولا بد منها، ولا يوجد تشريع في الدنيا يأمل في التطبيق والتنفيذ، وتحقيق المصالح، وجلب المنافع، ودفع المضار عن البشرية، يخلو من العقوبات كمؤيد له، فإن فقد المؤيد أصبح التشريع كلاماً فارغاً لا معنى له.

تقسيم المؤيدات الشرعية:

تنقسم المؤيدات الشرعية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة.

التقسيم الأول: باعتبار الزمن:

تنقسم المؤيدات الشرعية من حيث زمن تطبيقها إلى نوعين: أخروية ودنيوية[2].

أولاً ـ المؤيدات الأخروية: وهي مجموعة الأحكام التي وردت بالنص في القرآن الكريم والسنة الشريفة، لبيان الثواب والأجر للفاعل، أو ترتيب العقوبة والعذاب لكل من يخالف أحكام الشرع ويخرج عن حدوده ، سواء كانت له عقوبة في الدنيا، ولكنها لم تطبق عليه، لأن السلطة لم تستطع أن تطول المخالف، أو لأنه تفلت منها بأي أسلوب، أم لم تكن له عقوبة في الدنيا، واقتصر عقابها على الآخرة، لأنه لا يمكن معرفتها أو إثباتها بالحواس البشرية الموجودة، كجريمة الحسد والنفاق والنميمة والغيبة والحقد والكذب، ومعيارها:

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٠٦.

(٢) انظر: فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ١/٥٧.

كل أمر ورد فيه عقوبة أو تهديد أو وعيد أو لفظ يدل على إنكار الفعل بغضب الله أو حرب الله أو لعن الله أو البعد عن رضوان الله، وغير ذلك.

ثانياً ـ المؤيدات الدنيوية: وهي الأحكام التي جاءت لحماية التشريع وتطبيقه في الدنيا، وهي في الدرجة الثانية بعد المؤيدات الأخروية، لأن العاقل من يخشى غضب الله تعالى وسخطه، ويرهب من بطشه ونكاله وعذابه في الآخرة، فيرتدع عن المحرمات، ويلتزم بالأوامر والواجبات، فإن ضعفت عقيدته، ورق عنده الوازع الديني، ومرض ضميره، ولم يتعظ بالعقاب الأخروي ـ فإنا نجد رحمة الله تعالى بالبشرية أن شرع لهم العقوبة الدنيوية، وأعطى الدولة سلطة العقاب لحماية حق الجماعة، ولحماية حقوق الله تعالى وأحكامه وشرعه.

التقسيم الثاني: باعتبار الوسيلة:

تنقسم المؤيدات الشرعية من حيث وسيلة التشويق بالفعل أو التنفير عنه إلى قسمين: مؤيدات ترغيبية، ومؤيدات ترهيبية[1].

أولاً ـ المؤيدات الترغيبية: هي التي تضمن تطبيق الأحكام عن طريق ترغيب الناس بالأحكام، وتشويقهم بالمحاسن، وإظهار النتائج الطيبة لها، أو ترتيب الثواب والأجر لمن يقوم بها، أو الحصول على المنافع وتحقيق المصالح باتباعها، فيعلن المشرع مثلاً عن مكافأة للفاعل إما في الدنيا أو في الآخرة، ويكثر في هذا المجال المؤيدات الأخروية بالترغيب فيما عند الله تعالى من رضوان وتكريم وثواب وأجر، بمَا «لا عَيْنٌ رأت، ولا أُذُنٌ سمِعَت، ولا خَطَر على قلب بشر».

ويمتاز المؤيد الترغيبي بأنه اختياري، يدفع الإنسان للقيام بالواجب، والامتناع عن المحرمات عن طواعية واختيار، بدافع ذاتي، وباعث شخصي، ومراقبة قلبية.

ثانياً ـ المؤيدات الترهيبية: وهي الزواجر التي تمنع الناس من مخالفة الشرع الحكيم عن طريق التهديد والوعيد والتلويح بالعقاب والإرهاب لمن

---

(١) راجع في هذا المعنى الكتاب القيم: الترغيب والترهيب للحافظ المنذري رحمه الله، في أربعة مجلدات، وكتاب الزواجر عن اقتراف الكبائر، للحافظ ابن حجر الهيثمي في جزأين.

يخـالف حكم الله تعالى، ويخـرج عن جادة الصـواب، ويخاطـر بارتكـاب المحرمات، ويأبى تنفيذ الواجبات.

وهذه الزواجر الترهيبية إمّا أن تكون دنيوية، وإما أن تكون أخروية، ونقتصر في بحثنا على المؤيدات الترهيبية الدنيوية فقط.

التقسيم الثالث: باعتبار سبب المخالفة:

تنقسم المؤيدات الترهيبية في الدنيا من حيث السبب الذي يستدعي التأييد إلى نوعين، مؤيد تأديبي، ومؤيد مدني، وذلك بحسب نوع المخالفة التي يرتكبها المكلف، لأن العدالة تقتضي أن يكون الجزاء من جنس العمل[1].

أولاً ـ المؤيد التأديبي: وهو أذى ينزل بالجاني زجراً له لارتكابه محظورات شرعية نهى الشارع عنها، بأن يعتدي مثلاً على غيره في ماله ودمه وعرضه، فيعاقب على فعله ليمنع من الاعتداء مرة ثانية، وليرتدع غيره عن ذلك أيضاً، ومجموعة المؤيدات التأديبية تدخل في إطار نـظام العقوبـات في الشريعـة الإسلامية.

ثانياً ـ المؤيد المدني: وهو حرمان الشخص من النتائج التي يقصدها من وراء التصرف، فيخسر الثمرات التي يريد أن يجنيها من فعله، ويعتبر عمله لغواً لا يعترف به المشرع، ولا يتمتع بحماية السلطة والتشريع، ولا يستطيع أن يطالب غيره بالنتائج والآثار أمام القضاء، وإن طالبه بحقوق التصرف فيحق للثاني الامتناع عن التنفيذ لوجود خلل ومخالفة في التصرف.

وإن المؤيدات الترغيبية والمؤيدات الأخروية تخرج عن موضوع دراستنا في المدخل للفقه الإسلامي، ونقتصـر في بحثنا على المؤيـدات الترهيبيـة الدنيوية، وهي كما رأينا تنقسم إلى مؤيدات تأديبية، ومؤيدات مدنية، فنخصص كلاً منها في فصل مستقل.

* * *

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/ ٦٠٩.



الفَصلُ الأول
فِي المُؤَيِّدَاتِ التَّأدِيبِيَّةِ

وهـــي
«نظام العقوبات في الشريعة»

العقوبات في الشريعة الإسلامية مؤيد شرعي لضمان تطبيق الأحكام الشرعية التي أمر الله تعالى بها، أو لضمان اجتناب المحرمات التي نهى الشارع عنها، فالعقوبة قبل الفعل موانع، وبعده زواجر، أو هي مؤيدات شرعية لحفظ الحقوق والأنفس والأموال وتطبيق القواعد والأحكام، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة، وضرباً من العبث[1]، ويعرف الماوردي الجرائم فيقول: «الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير»[2].

وتختلف المؤيدات التأديبية بحسب جسامة الجريمة وفداحة العدوان، وتتفرع العقوبات التأديبية لتحقق العدالة والردع والإصلاح في آن واحد، فتكون العقوبة أحياناً بدنية تقع على جسم الإنسان كالقتل والجلد، وتكون مالية تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة والكفارات، وتكون حاجزة للحرية كالحبس والنفي، وتكون نفسية أو معنوية كالتسريح واللوم والتوبيخ والتهديد. وقد تكون من نوعين أو أكثر.

نظام فريد للعقوبات:

وقبل أن نعرض النظرية العامة للعقوبات في الشريعة نريد أن نعطي نبذة عن فلسفة العقوبـة في الإسلام.

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٧٥٧، التشريع الجنائي الإسلامي، للمرحوم عبد القادر عودة ١/ ٦٨.

(٢) الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٢١٩.

الحقيقة أن نظام العقوبات في الإسلام نظام فريد من نوعه، ويشيع بين الناس أنه لا يتفق مع الوقت الحاضر، علماً بأن نظام العقوبات القانوني قد فشل فشلاً ذريعاً في تحقيق أهدافه ومقاصده في تخفيف الجريمة، وإصلاح المجرمين، وتأمين الطمأنينة والراحة، وحفظ الأموال والأنفس والأمن[1]، ومع ذلك فإن الحقد لا يفتأ يقذف بالباطل، ويثير الشبه حول نظام الإسلام في هذا المجال.

وإظهاراً للحقيقة، وتطبيقاً لأحكام نظام العقوبات في الإسلام، فلا بدّ من مراعاة الأمرين التاليين:

١ ـ **أن يكون نظام الإسلام مطبقاً بشكل كامل في الحياة**، ومنها العقوبات الشرعية، وعندئذٍ نرى العدالة الكاملة، والتنظيم الدقيق، وسلامة التطبيق للحدود والقصاص والتعزير، وتظهر حكمة مشروعية الحدود والقصاص بشكل لا يمكن لعاقل أن يتنكر له، وذلك لأن الإسلام كل لا يتجزأ، وإذا تناولنا زاوية منه في مجتمع جاهلي، مع سيادة القوانين الوضعية وما ينتج عنها من مفاسد واضطراب، فسرعان ما يبدو الشذوذ في عملية الترقيع هذه، ولو كانت الأحكام تتعلق بالعبادات كالصلاة، فإنها لا تتفق مثلاً مع نظام العمل أو الموظفين غير الإسلامي، فكيف إذا أخذنا بالحدود أو القصاص أو المعاملات فقط في ظل التصورات المادية، والاتجاه الإلحادي، والمجتمع الذي يفقد مقومات الأخلاق أو تعوزه أسس الاعتقاد.

٢ ـ أن تطبيق نظام العقوبات، ومنها الحدود، لا يتم عشوائياً حتى ضمن إطار النظام الإسلامي، أي بدون قيد ولا شرط، وإنما **يجب لإقامة الحد أو القصاص أن تتوفر شروطه الكثيرة** التي بينتها النصوص، ونظمها الفقهاء،

---

(١) انظر بإسهاب وتفصيل كتاب التشريع الجنائي الإسلامي ص ٧٠٨ ـ ٧٤٠، وخاصة العناوين التالية: مدى صلاحية العقوبات الشرعية، العقوبات الشرعية والإحصائيات، العقوبات الشرعية والتجارب، العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان، هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام؟ كيف نتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية، وانظر كتاب: التعزير في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٤٧ وما بعدها.

ووضعوا لها الضوابط الدقيقة، صوناً للعدالة، واحتياطاً عن الأخذ بمجرد الظن أو الشبهة.

فمثلاً لا يمكن أن يطبق حد السرقة على كل من أخذ مالاً مهما كان قدره وصفته ومكانه وزمانه، ولا يطبق حد الزنا بمجرد خَلوة الرجل والمرأة دون مراعاة الشروط والصفات والقيود التي حددتها الشريعة، وقبل سد باب الفساد والرذيلة والفاحشة والأفلام العارية والمناظر المحرمة والاختلاط المشين، والعورات المكشوفة.

وكثيراً ما نلاحظ أن الحاقدين يتجاهلون هذا الأمر الثاني، وينطقون بقسوة الشريعة بتطبيق الحدود بقطع كل يد، ورجم كل مخطىء، وجلد كل هاذٍ، أو يقولون: إن أحكام الشريعة خيالية في مثاليتها، ولا يمكن تطبيقها في زماننا، وقد صلحت لزمن مضى بظروفه ومحيطه الخاص.

ولا نتجاوز الواقع إذا قلنا: إن من يتأمل بعض الكتب الفقهية، وخاصة المتساهلين فيها، الذين توسعوا في درء الحد بالشبهة يرى أن إقامة الحد يقرب من المستحيل، وأن الحدود لا تنفذ إلا نادراً، ومع ذلك فإن **شهادة التاريخ تنطق بنجاح هذا النظام في** تخفيف الإجرام، والحد من الجنايات، وقلة الفواحش، وندرة الجناة والمجرمين.

والأصل في العقوبة أن تحقق أهدافها الرئيسة العامة، وهي:

١ ـ أن تكون **رادعة للجاني** عن العود إلى جريمته، وتصلح شأنه وحاله.

٢ ـ أن تكون **زاجرة لغير الجاني**، ممن تسول له نفسه الشرّ والاعتداء على غيره، أو الخروج على شريعة ربه.

وكل عقوبة في الدنيا يجب أن تحقق هذين الهدفين، فإن فشلت العقوبة في تحقيقهما وجب استبدالها فوراً، لأن العقوبة ليست مقصودة لذاتها، وإنما وضعت لتحقيق الأهداف منها، فإن لم تحقق الهدف، ولم تستبدل بغيرها، انقلبت إلى عكس هدفها، وأصبحت تشجع الناس على الإجرام، ويكون قانون العقوبات أشد ضرراً في هذه الحالة على المجتمع من فقدان العقوبات أصلاً،

لأن قانون العقوبات ينقلب إلى حماية للمجرم، وستر لأعماله، فينشط في إجرامه دون أن يأبه للعقوبة، ويرتكب الجناية وهو مستهين بالعقوبة، مترنم بالاستهزاء بها، وهنا تفقد العقوبات مسوغ وجودها، وتتناقض مع أهدافها، وتكون الحقوق كلاماً فارغاً لا معنى له.

وعلى ضوء هذين الهدفين نقيّم العقوبات الوضعية المطبقة في العالم أجمع، لنسأل العلماء والمصلحين ورجال التشريع: هل حققت عقوبة السرقة أو الزنا أو القتل.. أهدافها وأغراضها؟ وهل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام، أو تخفيفه؟

التكامل في نظام الإسلام:

والعقوبة في الشريعة الإسلامية ليست هي العلاج الوحيد لملاحقة الإجرام ومعاقبة المجرمين، وإنما ترتبط العقوبات مع الجوانب المختلفة في نظام الإسلام من العقيدة والأخلاق والعبادات والتشريع، ويسبق العقوبة سبل كثيرة للوقاية من الإجرام، والبعد عن المحرمات، وتشجيع احترام الحقوق والالتزام بالأحكام، نذكر أهمها باختصار:

١ - **غرس العقيدة السليمة القائمة على مراقبة الله تعالى في السر والعلن،** والقائمة على الإيمان بالبعث والحساب، والوقوف بين يدي الله تعالى ليسأل الإنسان عن كل صغيرة وكبيرة ﴿ووُضِعَ الكِتابُ، فتَرَى المُجْرِمين مُشْفقينَ مما فيه، ويقولُونَ: يا وَيْلَتَنا مَالِ هَذا الكتابِ لا يُغادرُ صغيرةً ولا كبيرةً إلا أحصاها، ووجدُوا ما عَمِلوا حَاضِراً، ولا يَظْلِم ربُّك أَحَداً﴾ (سورة الكهف) الآية: ٤٩. وفي هذه الحالة يؤثر المؤمن الآخرة على الدنيا، ويقدم رضاء الله وثوابه على شهوات النفس وخطرات الشياطين، ويبتعد عن طواعية واختيار عن الإجرام والاعتداء والخروج على الحدود والانتهاك للحرمات[١]، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً بالمؤيدات الأخروية، وهو ما تمتاز به الشريعة السماوية، وتنفرد به عن القوانين الوضعية.

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٩.

٢ ـ بناء الأخلاق القويمة، وإحياء الوازع الخلقي، والضمير الحي، والوجدان النابض في معاملة الناس، بأن يعاملهم كما يحب أن يعاملوه، وفي الحفاظ على حقوق الناس ومشاعرهم، فالأخلاق الفاضلة هي الدعامة الثانية التي يقوم عليها المجتمع بعد دعامة العقيدة والدين[١].

٣ ـ الدعوة إلى العمل وممارسة وسيلة العيش الكريم من المورد الحلال، ليكون الفرد عضواً نافعاً خيراً لسعادة نفسه، وعضو إنتاج في سعادة البشرية، وبالتالي فإن الإنسان يشغل وقته في عمله وكسب رزقه، ويعتمد على عمله لتأمين معيشته وبناء مستقبله، وتتكفل الدولة الإسلامية بتأمين العمل الشريف لكل مواطن فيها، فينصرف عن الإجرام والاعتداء على حقوق الناس.

٤ ـ كفالة الشريعة، الممثلة بالدولة، للحقوق الشخصية والاجتماعية لكل فرد من أفراد المجتمع، فتؤمن العدل بين الناس، وتحفظ لهم حقوقهم، وتصون حرياتهم، وتحميهم من الاعتداء، وتقيم بينهم التكافل الاجتماعي، والتضامن الإنساني، والحماية من عوادي الزمن ونكبات الدهر، ونتيجة لذلك فيبتعد الناس عن الإجرام، وتغلق أمامهم أبوابه، وتموت بواعثه، وتُصفَّد الشياطين في أغلالها، وتنعم البشرية بالسعادة والرخاء والمحبة والتعاون[٢].

٥ ـ إقامة مؤسسة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والدعوة إلى الخير، والتواصي بالحق، فيتذكر الإنسان في كل لحظة ما يجب عليه، وينذره الدعاة من الشر وعاقبته، ويحذروه من شباك الشياطين وإثمه، يقول تعالى: ﴿ولتَكُنْ منكم أُمَّة يَدعونَ إلى الخيرِ، ويأمرونَ بالمعروفِ، ويَنْهونَ عن المُنكر، وأولئكَ هُم المفلِحُون﴾ (سورة آل عمران) الآية: ١٠٤، وقال تعالى: ﴿والعَصْرِ إنَّ الإنسانَ لفي خُسْر، إلا الذينَ آمنوا، وعَمِلوا

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ٧٠، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ١/ ١١، طرق تدريس التربية الإسلامية، للمؤلف ص ٤٣٤ وما بعدها.

(٢) انظر الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٦٠، ٢٦٧.

الصالحاتِ، وتواصَوا بالحَقّ وتواصَوا بالصَّبْـر﴾ (سورة العصـر) الآيات: ١ ـ ٣، وهذه المؤسسة فريدة في الشريعة الإسلامية، وقد لعبت دوراً بارزاً وعظيماً في منع الإجرام والاعتداء، وذلك بتكوين رأي عام مهذب، لا يظهر فيه شيء من الشر[١].

وبعد كل هذه السبل للوقاية من الإجرام، فإن تجـاوز فرد كـل هذه الاحتياطات والحواجز، ولـم تنفعه الوقاية، وخاطر بدمه في المهالك، وغامر بنفسه للاعتداء على غيره، وأهان نفسه بالتطلع إلى حقوق الناس، وجحد عقله فانتهك حرمات الله وحدوده، فلا بدّ من **إيقاع العقوبة به، علاجاً ودواء**، لأن الله تعالى هو الخالق لهذا الإنسان، العليم بغرائز النفوس وخفايا القلوب، ويعلم أن الشذوذ عن الجادة رافق البشرية منذ نشأتها الأولى، وأن الإنسان مفطور على الخير والشر، وأن زوال الشر ضرب من الخيال، لا يتفق مع طبيعة الإنسان المركب من العقل والشهوة والرغبات والأهواء، فيخاطب العقل بما ينفعه، ويرشده إلى الصلاح والفضيلة، ويبين له طريق الهدى، ولكنه لا يجبره عليه، ولا يحمله على الرشد، ويبقى أمام الإنسان باب الخير وباب الشر مفتوحين ليسلك باختيار ما شاء، فإن لم يهتد بالنصح والإرشاد، ولم ينفعه الترغيب والثواب، وركب رأسه إلى الشر والشذوذ فلا بد من وضع العلاج الحاسم لوضع حد للشر والفساد، خشية أن يفشو في المجتمع، فكانت حكمة الله تعالى **بتشريع العقوبات لصيانة الجماعة البشرية في التدهور والانحلال**، وردعاً للنفس الشريرة من التمادي في الغي والانحراف بعد الإنذار من الجريمة والتحذير من مخالفة حدود الله تعالى[٢].

وبعد كل ذلك فإن الشارع لم يسد الأبواب عند الـوقوع بـالإجرام، والاضطرار إلى العقاب، وإنما يتبع المشرع العقوبة بأمرين:

---

(١) فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ١/١٥، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٤٨٩ وما بعدها.

(٢) انظر: الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٧٠.

١ - إن الهدف من العقوبة لا ينحصر بالردع والزجر، وإنما يشمل إصلاح الجاني وتهذيبه وتربيته والأخذ بيده إلى الصلاح والرشد.

٢ - فتح باب التوبة على مصراعيه أمام العصاة والمذنبين والمجرمين والمعتدين، لكي يصلحوا أنفسهم، ويعودوا إلى ربهم، ويندموا على فعلهم، فيجدوا الله تواباً غفوراً، قال تعالى: ﴿فَمَن تابَ من بعدِ ظُلمِهِ وأصلَحَ فإنَّ الله يتوبُ عليه﴾ (سورة المائدة) الآية: ٣٩، وقال تعالى: ﴿وإني لغفارٌ لمن تَابَ وآمنَ وعمِلَ صالحاً ثم اهتدى﴾ (سورة طه) الآية: ٨٢، وقال تعالى: ﴿ومن تابَ وعَمِلَ صالحاً فأولئك يبدِّلُ الله سيئاتِهِم حَسَنَاتٍ﴾ (سورة الفرقان) الآية: ٧٠، وقال رسول الله ﷺ: «إنَّ الله عزَّ وجل يبسط يدَه بالليلِ ليتوبَ مسيءُ النهار، ويبسطُ يدَه بالنهارِ ليتوبَ مسيءُ الليلِ، حتى تطلعَ الشمسُ من مَغْربها»[١]، ويقول عليه الصلاة والسلام: «لو أخطأتُم حتى تبلغَ خطاياكم السماء ثم تُبتُم لتابَ الله عليكم»[٢]، وقال: «كل ابن آدمَ خَطَّاء، وخيرُ الخطائينَ التوَّابون»[٣]، وقال: «التائبُ من الذَّنْبِ كمن لَا ذنبَ لَهُ»[٤].

فالهدف من العقوبة أولاً وأخيراً هو إصلاح النفوس وتهذيبها، والعمل على سعادة البشرية، وتأمين السعادة لهم في الدنيا والآخرة، كما أن الهدف من العقوبة حماية الجماعة من المفاسد والشرور، وحفظ النظام، وتنفيذ أوامر الشارع، وتحقيق الأمن للناس، وإصلاح البشرية، كالطبيب الذي يقرر بعد الفحص الدقيق للمريض أن سلامته تقتضي قطع أحد أعضائه لينجو بقية الجسم، أو كقائد سفينة يضطر إلى إلقاء بعض الأمتعة في البحر لضمان سلامة السفينة، ووصولها إلى شاطىء الأمان[٥].

---

(١) رواه مسلم والنسائي عن أبي موسى مرفوعاً، (الفتح الكبير ١/٣٥٢).

(٢) رواه ابن ماجه بإسناد جيد، (الفتح الكبير ٣/٣٨).

(٣) رواه الترمذي وابن ماجه والحاكم، (الترغيب والترهيب ٤/٩١).

(٤) رواه ابن ماجه والطبراني وابن أبي الدنيا والبيهقي، (انظر: الترغيب والترهيب ٤/٨٨، ٩٠، ٩١، ٩٧).

(٥) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٧٣، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٣٨٩، ٦٠٩.

تقسيم العقوبات:

تنقسم العقوبات في الشريعة الإسلامية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة[1]، أهمها ثلاثة:

أولاً: تنقسم العقوبات باعتبار النص على العقوبة وعدم النص عليها إلى نوعين:

١ ـ **عقوبات نصية**: وهي العقوبات التي نص عليها القرآن الكريم أو السنة الشريفة، وهي عقوبات الحدود والقصاص والكفارات، وقد رتبها الشارع على جرائم معينة، ووردت العقوبة بنص شرعي، فسميت عقوبات نصية، وتسمى أيضاً **العقوبات المقدرة**، أي التي قدرها الشارع، كما تسمى **العقوبات المحددة** أي التي حدد الشارع مقدارها بنص[2].

والحكمة من النص على هذه العقوبات أن أسبابها الموجبة لها هي جرائم خطيرة تتعلق بأساس المجتمع بالإضرار والفساد، وتمس مقاصد الشريعة وأهدافها العامة التي تعتبر من الضروريات التي لا تصلح الحياة بدونها، وأن الفطرة البشرية في كل زمان ومكان تأبى هذه الجرائم وتنفر منها، وتستحق صفة الإجرام عند جميع الناس، وأن الجرائم التي توجب الحدود والقصاص تعتبر كالأمهات بالنسبة إلى بقية الجرائم، وأنها تدل على تأصل الشر في نفس الجاني، ولذلك نص الشارع على عقوبتها وحدَّدها وقدَّرها، لأنها لا تتغير حالتها بحسب الأزمان والأماكن والأشخاص، ولا يتطرق إليها التغيير، ولا يصح الاجتهاد بما يخالفها، فلم يترك شأنها في مقدار العقوبة وتحديدها إلى الحكام أو القضاة[3].

٢ ـ **عقوبات تفويضية**: وهي العقوبات التي لم يرد نص شرعي فيها، وإنما ترك الشارع تقديرها بعكس الأولى، وفوضه إلى ولي الأمر من الحكام والقضاة،

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٣٢/١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٣٣/١، المدخل الفقهي العام ٦١٤/٢، الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥١، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٧٥٩.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥١، ٢٦٣، ٢٧٠، فلسفة العقوبة ٦٨/١.

ولذلك تسمى تفويضية، وتسمى **عقوبات غير نصية، أو عقوبات غير مقدرة، أو غير محددة**، وتدخل تحت الاصطلاح الفقهي: **التعزير**.

وذلك أن العقوبة مفوضة للإمام في معاقبة الجاني بعقوبة يراها رادعة له بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً وأشخاصاً، والقاضي يوازن بين الأهداف والأسس في العقاب لتحقيق المصلحة العامة وإقامة العدالة وردع الجاني وإصلاحه، وزجر غيره عن الفعل، فيفرض ما يراه مناسباً وملائماً بحسب ظروف الجريمة، وأحوال الشخص الجاني.

ثانياً ـ تنقسم العقوبات من حيث **الحق المعتدى عليه** إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ **عقوبات لحماية حق الله تعالى**، وهي الحدود والكفارات، وحقوق الله تعالى هي التي يتعلق النفع بها لجميع الناس، ونسبت لله تعالى تعظيماً لها، واهتماماً بشأنها، وتسمى أيضاً حق المجتمع، وتسمى الحق العام.

٢ ـ **عقوبات لحماية حق العباد**، وهي القصاص والدية، لأن الاعتداء يقع على حق الشخص المعتدى عليه، فشرع القصاص والدية حماية لحقه، وصيانة لحق الأفراد من مثله.

٣ ـ **عقوبات لحماية حق الله وحق العباد**، وهي التعازير، وذلك أن أكثر الحقوق تتعلق بحق الله وحقوق العباد، وأن حق الله فيها تطبيق أحكامه وتنفيذ شرعه ورعاية المصالح العامة، وأن حقوق العباد في هذه العقوبات تتجلى في حماية مصالحهم في الدنيا والآخرة.

ثالثاً ـ تقسم العقوبات بحسب **جسامة العقوبة وشدتها** المرتبطة بجسامة الجريمة وخطورتها إلى أربعة أنواع[١]، وهي:

١ ـ **عقوبات الحدود**: وهي العقوبات المقررة على الجرائم الهامة والخطيرة والتي تمس كيان المجتمع، وتهدد مقاصد الشريعة، وتهدم الضروريات الأساسية للحياة، ولذلك كانت العقوبة المقررة على الجاني تسمى حداً من حدود الله تعالى، ويقصد منها حماية المصالح العامة، وضمان منافع الناس.

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٣٤.

٢ ـ **عقوبات القصاص والدية**: وهي العقوبات المقررة للجرائم الواقعة على النفس أو أحد الأعضاء في الجسم.

٣ ـ **عقوبات التعزير**: وهي العقوبات المقررة لحماية الأحكام الشرعية، والقواعد الأساسية والحقوق التي نصت عليها الشريعة، وتطبيق الأوامر التي جاءت بالنصوص ، ومنع النواهي والمحرمات التي يجب اجتنابها، وكل مخالفة للأحكام الشرعية فيما عدا جرائم الحدود والقصاص والدية.

٤ ـ **عقوبات الكفارة**: وهي عقوبات دينية أو ديانية مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعزير.

وهذا أهم تقسيم للعقوبات، وتترتب عليه نتائج هامة تظهر لنا عند بيان خصائص كل نوع وميزاته وصفاته، لأنه كلما كبرت الجريمة كبر إثمها، واشتد عقابها، ولذلك نختاره للدراسة، ونقسم البحث فيه إلى أربعة مباحث، وهي:

المبحث الأول: في الحدود.
المبحث الثاني: في القصاص والدية.
المبحث الثالث: في التعزير.
المبحث الرابع: في الكفارات.

المبحث الأول

في الحدود

تعريف الحـــدود:

الحدود جمع حد، وهو في اللغة: المنع، أو الفصل بين شيئين، ويسمى الحاجب حداداً، لأنه يمنع الناس من الدخول، ومنها الحدود المقدرة شرعاً؛ لأنها تمنع من الإقدام على أسبابها، وتمنع الناس عن ارتكاب المحرمات والجرائم الموجبة لها[1].

والحد في الاصطلاح: **عقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى.**

فالحد عقوبة؛ لأنه وسيلة تأديبية لمنع الناس من ارتكاب الجرائم التي تكون سبباً لوقوع الحد، وتتوفر فيه صفات العقوبة من تأديب الفاعل، ومنع غيره من ارتكاب الفعل.

والحد عقوبة مقدرة من قبل الشارع سبحانه وتعالى، وتقديرها محدد بدقة، ومعين بشكل قطعي لا يقبل الزيادة ولا النقصان، وبالتالي فلا يحق لولي الأمر أو القاضي أن يزيد في العقوبة، أو أن ينقص منها، أو أن يستبدل بها غيرها متى ثبت سبب الحد، مهما كانت الظروف والأحوال.

والحد عقوبة واجبة حقاً لله تعالى، أي وجبت لحماية حقوق الله تعالى، وتأييد تطبيقها والحفاظ عليها، ولذلك فلا علاقة للعباد فيها، سواء أكانوا حكاماً أم ولاة أم قضاة أم مواطنين، ولا تتأثر هذه العقوبة بشخصية الجاني وظروفه وأحواله الخاصة، لأن العبرة بالحق الذي اعتدي عليه، ولا يقبل الحد الإسقاط

---

(١) القاموس المحيط ٢٨٦/١، المصباح المنير ١٧١/١.

من الأفراد المعتدى عليهم كالمسروق منه، ولا من الجماعة المتمثلة بولي الأمر والقضاة، ولا يقبل العفو وغيره مما سنراه في الصفات المشتركة للحدود.

ويخرج من التعريف القصاص؛ لأنه عقوبة مقدرة شرعاً، ولكنه يجب لحفظ حق العباد.

ويخرج من التعريف التعزير؛ لأنه عقوبة غير مقدرة بالنص وإنما تفوض إلى الحاكم والقاضي ليقدرها حسب الجريمة والشخص والزمان والمكان..[١].

أنواع الحدود:

الحدود ستة أنواع، وهي: حد الزنا وحد القذف وحد السرقة، وحد الحرابة أو قطع الطريق وحد شرب الخمر وحد الردة[٢].

والحكمة في الاقتصار على هذه الأنواع دون غيرها من عقوبات الجرائم الأخرى أن الغاية والهدف من تشريع هذه الحدود أنها تتعلق بأسس المجتمع الإسلامي، المبني على حفظ العقل والنفس والعرض والدين والمال، وهي مقاصد الشريعة الأساسية، فكان الاعتداء عليها موجباً لأشد العقوبات، وأقسى الزواجر.

وهذه الحدود ثابتة بالنص الشرعي، إمّا في القرآن الكريم، أو في السنة النبوية، أو فيهما معاً.

ونتناول كل حد بمفرده لبيان تعريفه وكيفيته ومشروعيته باختصار شديد،

---

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ٧٨، ٦٣٤، التعزير في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز عامر ص ٥، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وهبة الزحيلي ٢/ ٢١٩، وانظر: بدائع الصنائع ٩/ ٤١٤٩.

(٢) اختلف الفقهاء في عدد الحدود، فبعضهم ذكرها خمسة، ولم يذكر حد الردة فيها، وبعضهم عدها سبعة، فأضاف القصاص، واعتبره حداً، لأنه عقوبة مقدرة بالنص، وبعضهم عدها خمسة بدون حد الردة، ولكنهم فصلوا حد السكر عن حد الشرب، وضمّوا حد الحرابة وقطع الطريق إلى حد السرقة، واعتبروا الأول سرقة كبرى، والثاني سرقة صغرى، انظر: الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢/ ٢٢٠.

لنقدم بعد ذلك الصفات المشتركة للحدود، أو الميزات والخصائص التي تنفرد بها الحدود عن غيرها.

أولاً ـ حد الزنا:

وهو عقوبة الاعتداء على العرض بالزنا، كما أنه اعتداء على نظام الأسرة الذي صانه الإسلام، واحتفى به، وقرر له الأحكام الكفيلة بحفظها وحمايتها لأداء رسالتها في بناء المجتمع الصافي المتين.

والعقوبة في حد الزنا الجلد والرجم حسب التفصيل التالي:

إن عقوبة الزاني غير المحصن هي الجلد مائة جلدة، لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيةُ والزَّاني فاجلدُوا كلَّ واحدٍ منهما مائةَ جَلْدةٍ، ولا تأْخُذْكُم بهما رأْفَةٌ في دِينِ اللهِ، إنْ كنتُم تُؤْمِنونَ باللهِ واليومِ الآخرِ، وليشهدْ عذَابَهما طائفةٌ من المؤمنين﴾ (سورة النور) الآية: ٢.

وغير المحصن هو الذي لم يتزوج، والزواج هنا يعني العقد مع الدخول بالاتفاق، وأضاف جمهور الفقهاء إلى الجلد عقوبة تبعية، وهي التغريب أي النفي لمدة عام، لما ثبت في السنة أن رسول الله ﷺ قال في حديث العَسِيف: «وعلى ابنك جلدُ مائةٍ وتغريبُ عام»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «خُذُوا عني قد جعلَ الله لَهُنَّ سَبيلًا، البكرُ بالبكرِ جلدُ مائةٍ ونفيُ سنةٍ»[2]، وخالف الحنفية في التغريب ، ولم يأخذوا به، واقتصروا في حد غير المحصن على الجلد الثابت بنص الآية الكريمة، وأن الأحاديث السابقة زيادة على الكتاب الكريم، ولا تصح الزيادة إلا بحديث متواتر أو مشهور، وهذه الأحاديث لم تصل إلى درجة التواتر والشهرة [3].

أما عقوبة الزاني المحصن (المتزوج) فهي الرجم بالحجارة حتى الموت،

---

(١) رواه الجماعة في الكتب الصحيحة عن أبي هريرة، انظر: نيل الأوطار ٩١/٧.

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي، عن عبادة بن الصامت، انظر: نيل الأوطار ٩١/٧.

(٣) بدائع الصنائع ٤١٦٢/٩، ومغني المحتاج ١٤٧/٤، حاشية الدسوقي ٣٢١/٤، المغني ٤٢/٩، التشريع الجنائي الإسلامي٦٣٩/١.

لما ثبت في السنة من رجم ماعز ورجم الغامدية، ولقوله ﷺ في حديث العَسيف السابق: «واغدُ يا أُنَيْسُ إلى امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمْها، قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت»، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «والثيِّبُ بالثيِّبِ جلدُ مائة والرجم»، ولقوله ﷺ: «لا يحلُّ دمُ امرىء مسلمٍ إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[1].

واتفق جماهير العلماء على نسخ الجلد للزاني المحصن، والاكتفاء بالرجم حتى الموت[2]. ويؤيد هذا ما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال: «إن الله تعالى بعث محمداً ﷺ بالحق، وأنزلَ عليه الكتابَ، فكان فيما أُنزل عليه آيةُ الرجم، فقرأتها، وعقلتُها،ووعيتُها، ورجم رسول الله ﷺ، ورجمنا بعدَه، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: ما نجدُ الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، فالرجم حق على من زنى ممن أُحْصِنَ، من الرجال والنساء، إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف، وقد قرىء بها «الشيْخ والشيْخَةُ إذا زنيا، فارجموهما البتة، نكالاً من الله، والله عزيز حكيم»[3].

والكلام على حد الزنا طويل، وخاصة فيما يتعلق بشروطه وإثباته، وما يقال عن التدرج في بيان عقوبته في القرآن الكريم، ونسخ بعضها ببعض، والعقوبات التبعية التي تلحق بالحد، سواء كانت عقوبات دنيوية أو أخروية، ولا

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد، (انظر: نيل الأوطار ٧/٧، الفتح الكبير ٣٥٦/٣).

(٢) بدائع الصنائع: ٤١٦٢/٩، مغني المحتاج: ١٤٦/٤، وحاشية الدسوقي: ٣٢٠/٤، وقد أنكر الخوارج وبعض الشيعة وبعض المعتزلة عقوبة الرجم، وقرروا أن عقوبة الزاني هي الجلد فقط، كما نصت الآية بعمومها، وأن أحاديث الرجم أحاديث آحاد، وليست متواترة فلا يؤخذ بها، إما لأن بعضهم لا يحتج إلا بالحديث المتواتر، وإما لأن الرجم أقسى عقوبة في الإسلام، فلا بد أن يثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه، انظر: فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ١١٣/١، التشريع الجنائي الإسلامي ٦٤١/١، المغني ٣٧/٩.

(٣) رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عباس، نيل الأوطار ١١١/٧.

مجال لعرض كل هذه الأمور التي يطلع عليها الطالب تفصيلاً في الكتب الفقهية[1].

ولكني أحب أن أشير هنا إلى أن عقوبة الزنا بالجلد أو بالرجم لم تفرض في نظام العقوبات الإسلامي إلا بعد أن نبهت الشريعة الغراء بمختلف جوانبها على الاحتياطات الكثيرة والمتنوعة التي تصون المجتمع عن هذه الفاحشة الخطيرة المدمرة، وتبدأ هذه الاحتياطات الوقائية من غض النظر وستر العورة والبعد عن الزينة والتفحش والاختلاط، والتحذير من كل وسائل الإغراء والفساد، وتنتهي هذه الاحتياطات الوقائية بالدعوة الصريحة إلى الزواج والتشجيع بشكل خاص للشباب على الزواج، كل ذلك للتخفيف والقضاء على الدافع الذي يدعو إلى الزنا، وهو الشهوة والاستمتاع بالنشوة واللذة، فإن لم تنفع كل هذه الوسائل الوقائية، وأقدم الإنسان على الزنا فكان المؤيد الشرعي هو حد الزنا والعقوبة الحاسمة، وإنزال الألم بجسده، وإن توفر له الإحصان بالزواج، والتمتع بالطريق المباح فهجر زوجه في بيتها، وغامر وراء شهواته وملذاته للاعتداء على الأعراض استحق الرجم والموت والقتل رمياً بالحجارة، وهذه أقسى عقوبة، جزاء لفعله، وإقامة للعدالة، وصوناً للمجتمع.

ثانياً ـ حد القذف:

وهو اعتداء أيضاً بالقول فقط على الأعراض بالقذف والهذيان والسب والشتم والاتهام بالزنا، ومقدار العقوبة ثمانون جلدة، لقوله تعالى: ﴿والذينَ يَرْمُونَ المُحْصَناتِ[2]، ثمَّ لم يأتُوا بأربعةِ شُهَداءَ فاجلِدُوهم ثمانينَ جَلْدةً، ولا تقبلُوا لهم شهادةً أبَدا، وأُولئِكَ هُمُ الفاسِقون﴾ (سورة النور) الآية: ٤.

والقذف فيه اعتداء مباشر على حق المقذوف ولذلك يتوقف الحكم بالحد على الدعوى منه، وقد اختلف الأئمة في صفة حد القذف، وهل هو من حقوق

---

(١) بدائع الصنائع ٤١٥٠/٩ وما بعدها، مغني المحتاج ١٤٦/٤، حاشية الدسوقي ٣١٣/٤، المغني ٣٨/٩ وما بعدها.

(٢) المحصنات في هذه الآية بمعنى العفة مع البلوغ والعقل، انظر: بدائع الصنائع ٤١٦٥/٩، مغني المحتاج ١٥٦/٤، حاشية الدسوقي ٣٢٤/٤، المغني ٣٧/٩.

العباد الخالصة، أم من الحقوق المشتركة التي يغلب فيها حق العباد أو حق الله؟

ويلحق بحد القذف عقوبة ديانية واجتماعية وأدبية أخرى نصت عليها الآية الكريمة، وهي الحكم بفسق القاذف، وعدم قبول شهادته، وعدم تصديقه في أقواله. .

ويستثنى من إقامة حد القذف اتهام الرجل لزوجته بالزنا فلا يُقام عليه حد القذف، وإنما شرع في حقهما الملاعنة، لقوله تعالى: ﴿والذينَ يَرْمُونَ أزواجَهُم ولم يَكُن لهُم شُهداءُ إلا أنفسُهم، فشهادةُ أحدِهم أربعُ شهادات بالله إنَّه لمن الصَّادقين، والخامسةُ أنَّ لَعْنَتَ الله عليه إن كان من الكاذبين، وَيَـدْرَأُ عنها العذابَ أن تشهدَ أربعَ شهاداتٍ بالله إنَّهُ لَمِنَ الكاذبين، والخامسةَ أنَّ غضبَ الله عليها إن كانَ من الصادقين﴾ (سورة النور) الآيات: ٦ ـ ٩.

وحد القذف عقوبة فريدة في تاريخ الشرائع والقوانين، وذلك بأن يكون السب والشتم والهذيان باللسان سبباً لعقوبة مقدرة محددة حقاً لله تعالى، بالجلد والضرب، ولا يقبل فيه الصلح والإبراء والعفو والإسقاط. . . وغيرها، خلافاً للقوانين التي تعاقب على القذف والسب بالحبس فلا يرتدع الجاني، ولا ينزجر غيره، بل على العكس فقد زادت هذه الجرائم زيادة عظيمة[1]، وانتشرت على جميع المستويات، وشاعت على الصعيد الرسمي والسياسي بين الحكام والزعماء والرؤساء، وهذا الواقع المؤلم يبين لنا عظمة التشريع السماوي الخالد الذي يضع الدواء الشافي، والعلاج الحاسم، ويهدف إلى استئصال الشر من جذوره، ويريد تطهير المجتمع من بذاءة اللسان، وثرثرة الكلام، وإشاعة الفواحش، وفضح البيوت، واتهام الأعراض، والتشكيك في الأنساب. . ، فأقام حد القذف، وأتبعه بالعقوبات الدنيوية والأخروية، وحذر من هذه الجريمة الشنيعة، ووصم مرتكبها بالفسق وعدم قبول شهادته إلى الأبد، وهدد القاذف بالعذاب العظيم والويل الشديد، قال عزَّ وجل: ﴿إنَّ الذينَ يَرْمُونَ المُحْصَناتِ الغَافِلاتِ المُؤمِناتِ لُعِنُوا في الدُّنيا والآخرة، ولهم عذابٌ عظيمٌ، يومَ تَشْهد عليهم ألْسِنَتُهم وأيديهم وأرجلُهم بما كانوا يَعْملون، يَوْمئذ يُوَفِّيهم الله دينَهُم

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٤٦ وما بعدها.

الحقَّ، ويعلمونَ أنَّ الله هو الحقُ المبينُ﴾ (سورة النور) الآيات: ٢٣ ـ ٢٥، وقال عليه الصلاة والسلام: «اجتنبوا السبعَ الموبقاتِ: الشركَ بالله... وقذفَ المحصنات الغافلات»[1]، وقال تعالى: ﴿إنَّ الذينَ يُحِبُّونَ أن تشيعَ الفاحشةُ في الذينَ آمنوا لهم عذابٌ أليمٌ في الدنيا والآخرة، والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾ (سورة النور) الآية: ١٩.

ثالثاً ـ حد السرقة:

وهو عقوبة الاعتداء على الأموال بالسرقة من جهة، والاعتداء على نظام الملكية من جهة أخرى، ويعاقب السارق بقطع اليد اليمنى من الرسغ، لقوله تعالى: ﴿والسَّارقُ والسَّارقةُ فاقطعُوا أيدِيَهما، جزاءً بما كسبا، نَكالاً مِنَ الله، والله عزيزٌ حكيمٌ﴾ (سورة المائدة) الآية: ٣٨.

ويبدو لأول وهلة أن السرقة اعتداء على حق خالص للعباد، لأن السارق تناول وأخذ مال المسروق منه، ولذلك يتوقف الحد على الدعوى بطلب المعتدى عليه، والواقع أن السرقة فيها ترويع للأمن، وتهديد للمواطنين، وتثير القلق الدائم، والاضطراب النفسي، فيعيش الناس في ذعر وخوف، ويكدون في النهار، ويضطرون للسهر في الليل.

وإن حد السرقة لا يقام إلا بتوفر عدة شروط في السارق والمسروق منه والمال المسروق، وتعرف هذه الشروط في كتب الفقه، ولكن تجدر الإشارة إلى أمرين:

الأول: أن النتائج العملية والاجتماعية والعقابية التي تترتب على تطبيق حد السرقة، إذا قورنت مع النتائج والأحوال الاجتماعية، وشيوع السرقات واللصوصية والنشل في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية، تدل على عظمة حد السرقة، ونجاح عقوبته، وتكشف عن فشل العقوبات الوضعية بشكل ظاهر للعيان.

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة، وتتمة الحديث «الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات»، (انظر: الفتح الكبير ٤٣/١).

الثاني: أن العدالة الكاملة، والأهداف السامية للعقوبة لا تظهر إلا إذا كانت عامة وشاملة وتطبق على جميع الناس، دون تمييز طبقي أو عنصري أو طائفي، وأن السارق يجب أن ينال جزاءه مهما كانت مكانته أو قرابته من الحكام والقضاة والسلطات الحاكمة، وإلا كان التمييز والمحاباة والرشوات والوساطات في تطبيق الحدود سبباً في الظلم والهلاك والدمار، وهو ما حذَّر منه رسول الله ﷺ، وضرب المثل الأعلى في العدالة عند الشفاعة للمرأة المخزومية، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها، فأتى أهلُها أسامةَ بنَ زَيْد، فكلَّموه، فكلم النبي ﷺ فيها، فقال له النبي ﷺ: «يا أسامة، لا أراك تشفع في حد من حدود الله عزَّ وجل»، ثم قام النبي ﷺ خطيباً فقال: «إنما هلك من كان قبلكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها» فقطع يد المخزومية[1].

رابعاً ـ حد الخمر:

وهو عقوبة الاعتداء على العقل بشرب المسكرات، وقد ثبتت عقوبته الأخروية مع تحريمه في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذين آمنُوا إنَّما الخَمْرُ والميسرُ والأَنْصَاب والأزلامُ رِجْس من عملِ الشيطانِ فاجتنبوهُ لعلَّكم تُفْلحون، إنَّما يريدُ الشيطانُ أن يُوقِعَ بينَكُم العداوةَ والبغضاءَ في الخَمْرِ والمَيْسِرِ، ويصدَّكم عن ذِكرِ الله، وعنِ الصلاةِ، فهل أنتُم مُنْتَهون﴾ (سورة المائدة) الآيات: ٩٠ ـ ٩١.

وأما العقوبة الدنيوية فوردت بالسنة الشريفة، عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أُتِيَ برجل قد شَرب الخَمْرَ، فجُلِدَ بجريدَتَيْن، نَحْوَ أربعين، قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس، فقال: عبدُ الرحمٰن: أخفُّ الحدودِ ثمانين، فأمر به عمر[2]، وعن أنس أيضاً «أن النبي ﷺ جلد في

---

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود وأحمد، (انظر: نيل الأوطار ١٣٨/٧، ١٤٣، الفتح الكبير ٤٣٧/١).

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وصححه أحمد، (انظر: نيل الأوطار ١٤٦/٧).

الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين»[١]، وقال علي رضي الله عنه: جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سُنَّة، وهذا أحب إليّ[٢].

وقد اتفق الأئمة على عقوبة الشرب بالجلد، ثم اختلفوا في المقدار، فقال الجمهور: إنها ثمانون جلدة، وقال الشافعي: إنها أربعون، والباقي تعزير، وسبب الاختلاف تعدد الروايات واختلافها وفهمها والجمع بينها.

ويقسم علماء الحنفية حد الشرب إلى نوعين، أو إلى حدين، حد شرب الخمر، وحد السكر من المشروبات الأخرى، وتفصيل ذلك مع الفرق بينهما مفصل في كتب الفقه، مع بيان المشروبات والمسكرات والشروط وكيفية الإثبات والتقادم وغيره.

ولكن لا بد من كلمة حق في هذا المجال، وهي أن عقوبة الشرب في الشريعة تقوم على أسس نفسية متينة بإنزال آلام النفس وآلام البدن بجسده؛ لأنه أراد أن يتهرب ـ عن طريق الخمر ـ من آلام النفس ومشاكل الحياة إلى النشوة الخيالية وسعادة الأوهام، هذا من جهة[٣].

ومن جهة أخرى فإن تحريم الخمر وعقوبته في الشريعة الغراء يقوم على أسس تربوية ودينية وعقدية، ويعتبر النجاح فيه مضرب المثل في تاريخ الشرائع والقوانين، لأن تحريم الخمر سبقه في حياة الصحابة بناء قاعدة صلبة من الإيمان والتقوى ومراقبة الله، والإسراع في مرضاته، والتحذير من معصيته، وهذا البناء المتين لتحريم الخمر هو القاعدة السليمة في تحريمه، وابتعاد المسلم عنه في يومنا الحاضر، وهو الأساس الوحيد لإمكانية النجاح في تحريم الخمر، وتطهير المجتمع منه، وإنقاذ البشرية من ويلاته وأخطاره وآثامه ونتائجه الوخيمة.

خامساً ـ حد الحرابة:

وهو الاعتداء على الأمن العام والإفساد في الأرض والاعتداء على الأموال

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد، (المرجع السابق).

(٢) رواه مسلم، (المرجع السابق).

(٣) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٤٩.

والأنفس والدماء، وعقوبة الحد هي القتل أو الصلب أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف أو النفي في الأرض، لما ورد في الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿إنَّما جزاءُ الذينَ يُحَاربونَ الله ورسولَه، ويَسْعَوْن في الأرضِ فَسَاداً أن يُقتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أيدِيهم وأرجلُهم من خلاف، أو يُنْفوا من الأرض، ذلك لهم خزيٌ في الدُّنيا، ولهم في الآخرةِ عذابٌ عظيم﴾، (سورة المائدة) الآية: ٣٣.

والتخيير في الآية متروك للحاكم أو القاضي بحسب ما يحقق الزجر والردع والإصلاح والعدالة والطمأنينة في المجتمع، فالعقوبة الجسيمة تنزل بفاعل الجريمة الكبيرة.. وهكذا.

واختلف أئمة المذاهب في كيفية التخيير والتفصيل، كما هو مبين في كتب الفقه، فالمالكية يرون أن «أو» في الآية للتخيير المطلق بين جميع العقوبات السابقة، والجمهور قالوا: إنها للتنويع حسب نوع الجناية[1].

ويفترق حد قطع الطريق عن غيره من الحدود والعقوبات أن قاطع الطريق إذا تاب قبل القبض عليه سقط عنه حق الحرابة، لقوله تعالى: ﴿إلا الذينَ تابوا من قَبْلِ أن تَقْدِرُوا عليهم فاعلموا أنَّ الله غفورٌ رحيمٌ﴾ (سورة المائدة) الآية: ٣٤، ولكن سقوط العقوبة بالتوبة لا يغير من طبيعة عمله الإجرامي فيعاقب عليه بالقصاص أو التعزير مع رد المال المسلوب، ويراعي القاضي ظروف الواقعة في تطبيق العقوبة.

وعقوبة الحرابة شديدة وقاسية، ولكنها إذا قورنت بالجرائم المرتكبة والأفعال المحرمة والعدوان المبيت كانت عقوبته عادلة، وإن القوانين الوضعية تعاقب على الجرائم التي تهدد النظام الاجتماعي والأمن العام بنفس العقوبة وهي الإعدام[2].

سادساً ـ حد الردة:

وهو عقوبة الاعتداء على الدين بالردة، كما أنه اعتداء على النظام

(١) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٣٢٧/٢، فلسفة العقوبة ١٦٦/١، مغني المحتاج ١٨١/٤، المغني ١٤٥/٩.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٦٢/١.

الاجتماعي في الدولة، وعقوبة المرتد هي القتل، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿ومَنْ يَرتَدِد مِنكُم عن دِينه، فيَمُتْ وهو كافرُ، فأولئك حَبِطتْ أعمالُهم في الدُّنيا والآخرةِ، وأولئك أصحابُ النَّارِ هم فيها خالدون﴾ (سورة البقرة) الآية: ٢١٧، وقوله ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دينَه فاقتلُوه»[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيِّبُ الزاني، والنفسُ بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٢].

ويختص هذا الحد بالاستتابة قبل القتل، فإن تاب المرتد ورجع إلى الإسلام سقط الحد عنه، وإن أصر على العناد والكفر والتمسك بالأوهام قتل، كما أنه يفترق عن غيره بأن عقوبته يمتد أثرها إلى الحياة المدنية، فيعاقب بمصادرة أمواله، مع اختلاف الفقهاء في مدى المصادرة، وفقد الورثة حقهم في جميع التركة أو في بعضها[٣].

والكفر بحد ذاته ليس مبيحاً للدم، لأنه لا إكراه في الدين، وإنما السبب في إباحة دم المرتد أن الردة سبب في محاربة المسلمين والعدوان عليهم، وتقوية الكفار واللجوء إليهم، ونقل الأخبار والأسرار إلى الأعداء، ومحاولة فتنة المسلمين عن دينهم[٤].

ويلحق بحد الردة عقوبة البغي بالقتل أيضاً، وهي عقوبة الاعتداء الموجه إلى نظام الحكم والقائمين فيه، وهذا يؤدي إلى الفتن والاضطراب، وتأخر الجماعة وانحلالها[٥]، والأصل في عقوبة البغي قوله تعالى: ﴿وإن طَائفتان من

---

(١) رواه البخاري وأصحاب السنن الأربعة وأحمد عن ابن عباس؛ (نيل الأوطار ٢٠١/٧، الفتح الكبير ١٧٥/١).

(٢) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود، (نيل الأوطار٧/٧، الفتح الكبير ٣٥٦/٣).

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٦٢/١، مغني المحتاج ١٣٣/٤، حاشية الدسوقي ٣٠١/٤، المغني: ٩/٩.

(٤) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥٢.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٦٢/١، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الشيخ محمد أبو زهرة ١٧٠/١، مغني المحتاج ١٢٣/٤، حاشية الدسوقي ٢٩٨/٤.

المؤمنينَ اقْتَتَلُوا فأصلِحُوا بيْنَهُما، فإن بَغَتْ إحداهُما على الأخرى فقاتِلُوا التي تَبْغي حتى تَفِيءَ إلى أمرِ الله﴾ (سورة الحجرات) الآية: ٩.

ونكتفي بهذا العرض السريع والمختصر لبيان أنواع الحدود كمؤيدات شرعية، ونترك التفصيل إلى مكانه المناسب في كتب الفقه، وننتقل إلى إظهار الخصائص والميزات والصفات التي تختص بها الحدود.

الصفات المشتركة للحدود:

تختص الحدود بمجموعة من الصفات تميزها من غيرها من العقوبات[1]، أهمها:

١ ـ الحدود كلها عقوبات بدنية، تقع على الجسم والبدن كالجلد والرجم والقتل، وليس فيها من حيث الأصل عقوبة مالية أو معنوية، ولكن العقوبة البدنية لا تخلو من إيذاء معنوي شديد، وقد أشارت الآيات الكريمة لهذا الإيذاء المعنوي في بعض الحدود، وجعلته مقصوداً بذاته، كالتشهير في عقوبة الزاني، وجلده أمام الناس، ﴿ولْيَشْهَد عذابَهما طائِفةٌ من المؤمنين﴾، ﴿ولا تَأْخُذْكُم بهما رأفَةٌ في دينِ الله﴾، ومثل الصلب والقطع من خلاف في حد الحرابة، ومثل تعليق يد السارق في رقبته والطواف به في الشوارع... إلخ.

٢ ـ الحدود لا تقام إلا إذا توافرت شروطها، وانتفت موانعها، وشروط إقامة كل حد من الحدود كثيرة جداً لا مجال لذكرها، وإنما تعرف في المراجع الفقهية، وهي في مجموعها تدل على الدقة الفقهية، والإحكام في الصياغة والتطبيق، والاحتياط المطلق في إقامة الحدود وفرض العقوبات[2].

٣ ـ التشدد في إثبات الحدود إذا قورنت مع غيرها من القصاص والتعزير وبقية الأحكام، فلا تثبت الحدود إلا بوسائل معينة ومحددة، وهذه الوسائل منها ما

---

(١) المدخل الفقهي العام ٦١٨/٢، التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٢٩، التشريع الجنائي الإسلامي ٨١/١، بدائع الصنائع ٤٢٠١/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٤٢٠٤/٧.

هو عام في جميع الحدود كاشتراط شاهدين رجلين، ومنها ما هو خاص بحد دون غيره كاشتراط أربعة شهود ذكور في الزنا، واشتراط تعدد الإقرار عند بعض الفقهاء، مع الاحتياط الشديد في إثبات الحدود بالقرائن كالحمل الدال على الزنا، والرائحة في الخمر، والقيء للخمر، ووجود المسروق عند متهم، ولا تقبل شهادة النساء مع الرجال، ولا شهادة النساء وحدهن في الحدود مطلقاً عند جماهير الفقهاء، لحديث الزهري رضي الله عنه: «مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّه لا تجوزُ شهادةُ النساءِ في الحُدُود»[1]، ولا يقبل إثبات الحدود بعلم القاضي..

٤ - ويتفرع عن الصفتين السابقتين في الشروط والإثبات أن الحدود تُدْرأ بالشبهات، فإذا حصل موجِبُ الحد أو سببُه ولكن اقترن بالحد شبهة في وقوعه أو في إثباته فإن هذه الشبهة توقف الحد، وتمنع تنفيذه، ولكنها لا تبيح الفعل، وإنما تنقلب العقوبة من الحد إلى التعزير، ويبقى الفعل محرماً[2]، والدليل على ذلك ما يلي:

أ - قوله ﷺ: «ادرءوا الحدودَ عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلمين مَخْرجاً فخلُّوا سبيلهم، فإن الإمام لأن يخطىء في العفو خيرٌ من أن يخطىء في العقوبة»[3].

ب - لأن الحد عقوبة كاملة، ولا يطبق إلا عند تكامل الجناية والجريمة، وإن وجود الشبهة ينقص الجريمة، وبالتالي يجب نقصان العقوبة، والحد لا يتجزأ فتبطل إقامته.

ج - إن الحدود لحماية حق الله تعالى، وتهم المجتمع بشكل رئيسي، فإذا

---

(١) رواه ابن أبي شيبة عن الزهري، انظر: رسالتنا وسائل الإثبات ص ١٧١، بدائع الصنائع: ٤١٧٩/٩.

(٢) فلسفة العقوبة ١٣/٢، التعزير، عامر ص ٣٠ وما بعدها، انظر: الفروق ١٧٢/٤ فرق ٢٤٤، الإسلام عقيدة وشريعة، شلتوت ص ٢٦٠.

(٣) رواه الترمذي عن عائشة، ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة بلفظ: «ادفعوا الحدودَ ما وجدتم لها مدفعاً» نيل الأوطار ١١٠/٧.

اعترت الحدود شبهة سقط حق الله تعالى، لأن حقوق الله تعالى تبنى على المسامحة[1].

٥ ـ الحدود لا تثبت إلا بالنص عليها في القرآن والسنة، وينطبق عليها القاعدة القانونية «لا جريمةَ ولا عقوبةَ إلا بنص»، ولذلك فلا يقاس عليها غيرها من الجرائم والمحرمات والمحظورات، التي تدخل في التعزير[2]، وأساس الفرق بين الحدود والتعزير هو النص على عقوبة الحد، وعدم النص الشرعي على عقوبة التعزير، كما سنرى.

٦ ـ الحدود متى ثبتت أمام الحاكم لا تقبل العفو ولا الصلح ولا الإبراء ولا التنازل عنها.

لأن الحدود من حق الله تعالى، فلا يملك أحد أن يسقط هذا الحق، والإنسان يستطيع التصرف بالصلح والإبراء بحقه، والحدود ليست من حقه، بل إن ولي الأمر، وهو الإمام الحاكم الذي يمثل حق الله تعالى، وينوب عن المجتمع، لا يحق له أن يتصرف بحقوق الله تعالى في الحدود، وإنما يتصرف في حقوق الله بما أذن له الشرع فيها، والحدود لم يفوضها له، ولم يخوِّله حق الإبراء والتنازل والصلح[3].

والحكمة من هذا أن الحدود تخص ـ من جهة ـ المجتمع، وتتعلق ـ من جهة أخرى ـ بالأهداف والمقاصد الرئيسة في الشريعة فاستأثر الله تعالى بها [4].

٧ ـ وأخيراً، فإن الحكمة من الاقتصار على ستة حدود فقط أنها تتعلق بأساس المجتمع ومقاصد الشريعة وأهدافها العامة التي تعتبر من الضروريات التي لا تصلح الحياة بدونها[2] وهذا المعنى يؤكد أهمية الحدود كمؤيد للأحكام الأصلية في الشريعة التي جاءت لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة

---

(١) التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٣٠، فلسفة العقوبة ٢/١٣.

(٢) فلسفة العقوبة ١/٢٠٩، التشريع الجنائي الإسلامي ١/١٢١.

(٣) بدائع الصنائع ٩/٤٢٠١.

(٤) فلسفة العقوبة: ١/١٠٤، التشريع الجنائي الإسلامي: ١/٦١٨، ٦٣٦.

وتأمين السعادة لهم، يقول رسول الله ﷺ: «إقامةُ حَدٍ منْ حدودِ الله خيرٌ لأهلِ الأرضِ من مطر أربعين يوماً»[١].

ونختم كلامنا عن الحدود بعبارة الإمام الكاساني، يقول:

«إن الحدود وجبت لمصالح العامة، وهي دفع فساد يرجع إليهم، ويقع حصول الصيانة لهم، فحد الزنا وجب لصيانة الأبضاع عن التعرض للضياع، وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأموال والأنفس، وحد الشرب وجب لصيانة الأنفس والأموال والأبضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر، وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة، ومنفعة جزائها يعود إلى العامة يكون الجزاء الواجب فيها حق الله تعالى، عزَّ شأنه، على الخلوص، تأكيداً للنفع والدفع كيلا يسقط بإسقاط العبد، وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف، لأن مصلحته الصيانة، ودفع الفساد يصل للعامة بإقامة هذا الحد...»[٢].

* * *

(١) رواه النسائي وابن ماجه، انظر: الترغيب والترهيب ٢٤٦/٣، الفتح الكبير ٢١٥/١.

(٢) بدائع الصنائع، له ٤٢٠٢/٩.

المبحث الثاني

في القصاص والدية

القصاص والدية مؤيدات شرعية لحماية النفس وما دونها من الاعتداء عليها بالقتل، أو بما دونه من قطع أو جرح، يمس الكيان الإنساني، فوضع الشارع العقوبات الصارمة لمنع الاعتداء، وللمحافظة على الحياة الإنسانية.

موجبات القصاص والدية:

إن الجرائم التي توجب القصاص خمسة جرائم، وهي:

١ ـ القتل العمد ٢ ـ القتل شبه العمد ٣ ـ القتل الخطأ

٤ ـ الجرح العمد ٥ ـ الجرح الخطأ

فإن كانت جريمة القتل أو الجرح عمداً فالواجب أن تقع على المجرم عقوبة القصاص، وذلك بأن يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل، ويجرح كما جرح.

وإن كانت جريمة القتل شبه عمد أو خطأ، وكانت جريمة الجرح خطأ فتكون العقوبة هي الدِّية، والدِّيـة في هذه الجرائم الثلاثة عقوبة أصلية، كما تكون الدية في جريمة القتل والجرح عمداً عقوبة بدلية[1]، وأضافت الشريعة إلى عقوبة القصاص والدية في جرائم الاعتداء على النفس والأعضاء أضافت عقوبة أخرى، وهي الكفارة، وسوف نفرد لها المبحث الرابع، كما أضافت الشريعة الغراء عقوبات أخروية شديدة وحازمة لردع الجاني عن هذا الاعتداء

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٦٣، وانظر: مغني المحتاج ٤/٣، ٨٠، المغني ٨/٢٦٠.

الأثيم، وللحفاظ على الدماء والنفوس وحق الحياة للناس جميعاً، فقال تعالى: ﴿ومَنْ يَقْتُلْ مؤمِناً متعمِداً فجزاؤُهُ جهنَّمُ خَالدا فيها، وغَضِبَ الله عليه، ولَعَنَه وأعدَّ له عذاباً عظيماً﴾ (سورة النساء) الآية: ٩٣.

ونخصص هذا المبحث للقصاص والدية، والسبب في الجمع بينهما أن الفقهاء يقسمون القصاص إلى قسمين: قصاص صورة ومعنى، وهو المقصود عند الإطلاق، والذي سنشرحه الآن، وقصاص معنى فقط وهو الدية[1].

تعريف القصاص:

القصاص لغة: بكسر القاف، تتبع الأثر وتعقبه، **قصصت الأثر:** تتبعته، وقص الخبر أعلمه وأخبر به، والقصص: الأثر، أو الأخبار المتتابعة، وقاصصته مقاصة وقصاصاً إذا كان لك عليه دين مثل ماله عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجارح وقطع القاطع، وأقص الحاكم فلاناً من فلان، اقتص منه فجرحه مثل جرحه، أو قتله قوداً، فيسمى القصاص بالقتل قَوَداً (بفتحتين)، والقصص: تتبع الدم بالقود، وأقصّ الرجل من نفسه مكن من الاقتصاص منه[2].

والقصاص في الاصطلاح الشرعي هو: معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمداً بمثلها[3].

فالقصاص في الشريعة مساواة بين الجريمة والعقوبة، والشارع يتتبع الجاني فلا يتركه من غير عقاب رادع، ولا يترك المجني عليه من غير أن يشفي غيظه، فالقصاص تتبع للجاني بالعقاب وللمجني عليه بالشفاء[4].

---

(١) الجريمة في الفقه الإسلامي، أبو زهرة ص ١٠٣، ويلحق بعقوبة القصاص والدية عقوبات تبعية وتكميلية كالكفارة والحرمان من الميراث والحرمان من الوصية، (انظر: التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٣٣).

(٢) القاموس المحيط ٢/٣١٣، المصباح المنير ٢/٦٩٣، المفردات في غريب القرآن ص ٤٠٤، المغني ٨/٢٩٩.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٦٢٣.

(٤) فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ٢/١٧١.

ويظهر من التعريف أن القصاص مُؤيد شرعي بتتبع الجاني ومعاقبته على جريمته حتى لا يترك بدون عقاب، فتهدر الدماء، ويستمرىء المجرمون في إجرامهم وغيّهم، فكان من حكمة التشريع أن يعاقب المجرم بمثل الجريمة تماماً، ليعلم مسبقاً أنه كالمعتدي على نفسه، فإن قتل يقتل وإن قطع عضواً قطع عضوه، وإن جرح الجسم جرح بمثله فيقلع عن ذنبه وإجرامه ويحافظ على حياة الآخرين وأجسامهم ليحافظ على نفسه وليسلم له جسمه، ولذلك قال تعالى: ﴿ولا تَقْتُلُوا أنْفسَكم﴾ (سورة النساء) الآية: ٢٩.

مشروعية القصاص:

والأصل في مشروعية القصاص آيات كثيرة في القرآن الكريم، وأحاديث متعددة في السنة، قال تعالى: ﴿ولا تقتُلُوا النفسَ التي حرَّم الله إلا بالحق، ومن قُتِل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سُلْطاناً، فلا يُسْرِف في القتلِ، إنَّه كان منْصُوراً﴾ (سورة الإسراء) الآية: ٣٣. وقال تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا كُتب عليكم القصاصُ في القَتْلى، الحرُ بالحرِّ، والعَبْدُ بالعَبْدِ، والأُنثى بالأُنثى، فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباعٌ بالمعروفِ وأداءٌ إليه بإحسان، ذلكَ تخفيفٌ من ربكم ورحمة، فمن اعتدى بعدَ ذلك فله عذاب أليم﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٧٨.

وقال رسول الله ﷺ: «لا يَحِلُّ دمُ امرىء مسلمٍ، يشهدُ أنْ لا إلَه إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيبُ الزاني، والنفسُ بالنفسِ، والتاركُ لدينه المفارقُ للجماعة»[١]، وفي رواية: «لا يَحِلُّ دمُ امرىء مسلمٍ إلا من ثلاثة: إلا مَنْ زَنَى بعد ما أحصن، أو كَفَرَ بعد ما أسلم، أو قَتَلَ نفساً فقُتِلَ بها»[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «ومنْ قُتِلَ له قَتيلٌ فهو بخيرِ النَظَرَيْن: إما أن يَفْتدي، وإما أن يَقْتل»[٣].

وهذه الأدلة في مشروعية القصاص بالنفس، وإليك أدلة مشروعية

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد عن ابن مسعود، (نيل الأوطار ٧/٧، الفتح الكبير ١/٣٥٦).

(٢) رواه أحمد والنسائي ومسلم بمعناه عن عائشة، (انظر: نيل الأوطار ٧/٧).

(٣) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن أبي هريرة، (نيل الأوطار ٧/٨).

القصاص فيما دون النفس، قال الله تعالى: ﴿وكتبْنا عليهم فيها أنَّ النفْسَ بالنفْسِ، والعيْنَ بالعيْنِ، والأنفَ بالأنفِ والأُذُنَ بالأُذُنِ، والسِّنَّ بالسِّنِّ، والجُروحَ قصاصٌ﴾ (سورة المائدة) الآية: ٤٥، وقال تعالى: ﴿فمن اعتدَى عليكم فاعتدُوا عليه بمثلِ ما اعتدَى عليْكم﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٩٤، وقال تعالى: ﴿وإنْ عاقبْتُم فعاقِبُوا بمثلِ ما عُوقبتم به، ولئن صَبَرْتُم لهو خيرٌ للصابرين﴾ (سورة النحل) الآية: ١٢٦، وقوله تعالى: ﴿ وجزاءُ سيئةٍ سيئةٌ مثلُها﴾ (سورة الشورى) الآية: ٤٠.

وقال رسول الله ﷺ في حديث أنس بن مالك، وهو أن الرُّبَيِّع عمته كَسَرَتْ ثنية جارية، فطلبوا إليها العفو فأبوا، فعرضوا الأرش فأبوا، فأتوا رسول الله ﷺ فأبوا إلا القصاص، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص فقال أنس بنُ النَّضْر: يا رسول الله أَتُكْسَرُ ثنيَّةُ الرُّبَيِّعِ؟ لا، والذي بعثك بالحق لا تُكْسر ثنيَّتُها، فقال رسول الله ﷺ: يا أنسُ، كتابُ الله القصاصُ، فرضي القوم فعفوا[1].

حكمة القصاص:

اتفقت جميع الملل والنحل والشرائع منذ بدء الخليقة على أن قتل النفس عمداً عدواناً جريمة منكرة، لا يقبلها عقل، ولا تستسيغها النفس، ولا يقرها شرع أو قانون، ولا يرضى بها إنسان سَوِيّ، ولكن تفاوتت النظم والشرائع في عقوبة القتل العمد والعدوان [2]، وتراوحت العقوبة بين التشديد والتخفيف، فما هي حكمة القصاص؟ وما هو مسوغه؟ وما هي ميزته على غيره؟

يظهر الجواب على هذه الأسئلة بالأمور التالية:

١ - إن القصاص في القتل العمد العدوان أو الجرح العمد العدوان هو شريعة الأنبياء أجمعين، وإنه مقرر في كل الشرائع السماوية، فقال تعالى بعد قصة قتل قابيل لأخيه هابيل: ﴿مِنْ أجلِ ذلك كتبْنا على بني إسرائيلَ أنَّه منْ قَتَل نَفْساً بغيرِ نَفسٍ أو فسادٍ في الأرضِ فكأنَّما قَتَلَ النَّاسَ جميعاً، ومن أحْياها فكأنما أحْيا النَّاس جميعاً﴾، (سورة المائدة) الآية: ٣٢، وقال تعالى مبيناً

(١) رواه البخاري وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي، (نيل الأوطار ٧/٢٥).

(٢) فقه القرآن والسنة في القصاص، المرحوم محمود شلتوت ص ١١٠.

شريعة التوراة: ﴿وكتبنا عليهم فيها أنَّ النفسَ بالنفسِ، والعَيْنَ بالعَيْنِ، والأنْفَ بالأنْفِ، والأذنَ بالأذنِ، والسنَّ بالسنِّ، والجروحَ قصاصٌ، فمن تصدَّق به فهو كفارةٌ له، ومن لم يحكم بما أنزل الله، فأولئك هم الظالمون﴾ (سورة المائدة) الآية: ٤٥، ثم قال تعالى مخاطباً المسلمين: ﴿كُتِبَ عليكم القصاصُ في القَتْلى، الحرُّ بالحرِّ، والعبدُ بالعبدِ، والأُنثى بالأنثى﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٧٨.

٢ ـ المساواة في القصاص، أي المساواة بين الجريمة والعقوبة، وهذا **منتهى العدالة في العقوبة**، لأن القصاص جزاء موافق للجريمة، فمن يتعمد قتل نفس، وإزهاق روح، يلق جزاءه العادل بإنزال نفس الفعل فيه، ويؤخذ بمثل عمله، ومن قطع يد آخر قَدّم يده للقطع عدالة ومساواة بين الناس جميعاً، ومن فقأ عيناً فقئت عينه، وهكذا...

وإذا قال إنسان: إن هذه العقوبة بالقتل وقطع اليد وفَقْءِ العين.. عقوبة قاسية وغليظة، فإننا نوافقه على قوله، ولكننا نضيف أن الجريمة هي غليظة وقاسية أيضاً، وتقترن بالعدوان ونية الإجرام وانتهاك الحرمات وإهدار الدماء، فعقابه بمثل جريمته مساواة وعدالة، والبادىء أظلم، والغريب أن بعض علماء الإجرام والاجتماع والقانون يتبرعون للدفاع عن المجرم، ويشفقون عليه، ويطلبون الرحمة له، ويسعون إلى التماس الأعذار له، ولكنهم ـ وللأسف الشديد ـ يتناسون الجريمة، ويغفلون الضحية، ويغضون النظر ـ تعمداً وقسوة ـ بزوجته الأرملة، وأولاده اليتامى، وأمه الثكلى، ونفسه البريئة الطاهرة.

ويردُّ على هؤلاء بحديث رسول الله ﷺ: «مَنْ لا يَرْحَمْ لا يُرْحَمْ»[١]، وأن المقتول وأهله وذويه أوْلى بالرحمة والشفقة والرعاية والعناية، وأن طلب الرحمة للمجرم والقاتل تكون في غير موضعها، بل تكون ظلماً مبيناً، وقسوة وانحرافاً، وقلباً للمبادىء والمفاهيم.

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي عن جرير، ورواه أحمد والترمذي عن أبي سعيد، (الفتح الكبير ٣/٢٤٦).

٣ ـ إن القصاص يحقق أهداف العقوبة بردع الجاني عن جريمته وزجر غيره عن اقتراف مثل جنايته.

وذلك أن القصاص يؤكد تأكيداً جازما للمجرم قبل ارتكاب جريمته، وعند التفكير فيها، وأثناء اقترافها، أن الجزاء الذي ينتظره هو مثل عمله تماماً، وهذا يجبره على التفكير كثيراً والتردد في الجريمة، والاضطراب النفسي عند الإقدام عليها، ويوقن بأنه يعتدي على نفسه، ويحفر قبره بيده، فيضنٌ بالنفس، ويعدل عن الجريمة، فيصون حياته وحياة غيره. وإن غامر في الإجرام، وألقى بنفسه في المهالك، وركب رأسه، وضحّى بحياته فأقدم على القتل دون أن يعرف لنفسه ولا لغيره قيمة ولا وزناً فتأتي العدالة لتقتص منه وتقوده إلى الموت كما فعل بغيره، ليكون عبرة أمام الناس، وموعظة لغيره في التنفير من القتل وبيان عاقبته، ليبتعدوا عن الإجرام، ويحافظوا على الحياة[1]، وهذا ما تؤكده الآية الكريمة: ﴿ولكمْ في القصاصِ حَياةٌ يا أولي الألْباب، لعلَّكم تتقون﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٧٩، فإن حياة الجماعة، وبقاء الناس متوقف على تنفيذ القصاص[2]، ويكفي للاستدلال على هذا بالمقارنة مع ما يردده المجرمون اليوم قبل وبعد ارتكاب جرائمهم من هزء بالعقوبة، واستخفاف بالقانون والمحاكم والقضاء.

٤ ـ القصاص يشفي غيظ المجني عليه أو أوليائه وأقربائه وأهله، لأنهم يوقنون أن الجاني لقي نفس المصير الذي وقع بهم، فتهدأ نفوسهم، ويفقدون المسوغ والحجة لإشاطة الدماء والأخذ بالثأر، لأن القاتل قتل، أما إذا كانت العقوبة

---

(١) فلسفة العقوبة ٢/١٧١ وما بعدها، ١٧٤ وما بعدها، الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٩٣.

(٢) يقول المرحوم عبد القادر عودة: «وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص، فهي أعدل العقوبات، إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام، لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً. . .، ثم يقول: والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء، فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجني عليه اليوم فهو متغلب عليه غداً، لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة»، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٦٤.

غير القصاص من سجن أو نفي... فإن الدماء تغلي، والنفوس تتميز من الغيظ، ويبدؤون بالتفكير والتخطيط للمؤامرة والقتل والأخذ بالثأر وسفك الدماء بحيث لا يمكن حصره بالقاتل وحده، بل يمتد إلى كل من يلوذ به أو يأويه أو يحميه أو يمت له بصلة، ومجريات الأمور والأحداث أكبر دليل على ما نقول.

ولو فرضنا أن أولياء القتيل رغبوا عن القتيل والأخذ بالثأر، وأن القاتل في السجن، ولكن لا يمضي وقت طويل حتى يخرج القاتل من سجنه يتبختر في الطرقات، ويضرب الأرض بقدمه، فيثور الدم من جديد، وتتجدد الجراح، وتنزف الدماء، ثم تتطلع النفس إلى الثأر أو الموت كمداً وغيظاً وألماً على فقيدهم الذي واراه التراب، والقاتل ينعم بالحياة...

وهذه الحكمة في شفاء غيظ المجني عليه أحد الأسباب لمنحه حقَّ التنفيذ، ومباشرةَ القصاص والقتل بيدِهِ ليشفي ألم مصابه من جهة، وإنه أسلوب حكيم لاستدعاء الرحمة منه وإشفاقه من التنفيذ، ثم عفوه عن المجني عليه من جهة ثانية[1].

أنواع القصاص:

ينقسم القصاص بحسب مقدار الجريمة التي تستوجبه إلى نوعين:

١ ـ **قصاص في النفس**: وهو معاقبة الجاني بالقتل وإزهاق الروح بسبب جريمته التي ارتكبها بالاعتداء على النفس والقضاء عليها وإنهاء الحياة فيها، والقصاص بالنفس هو المقصود في الاصطلاح «القصاص» عند إطلاقه، فإن أريد النوع الثاني قُيِّد بما دون النفس أو بالأعضاء.

٢ ـ **قصاص في الأعضاء، أو القصاص فيما دون النفْس**: وهو معاقبة الجاني لاعتدائه على أحد الأعضاء بالقطع والبتر، أو بجرحه في أي موضع من أنحاء جسمه[2].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٣٠، فلسفة العقوبة ٢/١٧٣، المغني، ابن قدامه ٨/٢٦٨.
(٢) المغني ٨/٣١٦.

ونلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد سوّت بين القتل والقطع والجرح، بأن جعلت العقوبة من جنس واحد، ولكنها تختلف بحسب النوع أو بحسب مقدار الجريمة ونتائج العدوان، خلافاً للقوانين الوضعية التي فرقت بين القتل والجرح، ووضعت لكل منهما عقوبة مستقلة ومختلفة ومغايرة لجنس العقوبة الأخرى، فباعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت في نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين[1].

والحكمة الشرعية في التسوية بين الجريمتين أنهما من جنس واحد، وتقعان على محل واحد، وتصدران من باعث واحد، وغالباً ما تكون وسيلة الاعتداء واحدة، وأن إحداهما وسيلة إلى الأخرى، فالاعتداء يصدر من المجرم على المجني عليه فيصيبه بالجرح أو القطع، وبعدئذٍ إما أن يكون الجرح بليغاً خطيراً، أو أن يقع في مكان حساس، وإما أن يوالي الجاني الضرب والجرح والقطع، فيفضي كل ذلك إلى الموت، ويجب القصاص، وإما أن يندمل الجرح، ويبرأ الجريح، أو ينحصر الاعتداء على قطع بعض الأعضاء أو جرحه، فتكون العقوبة من جنس العقوبة السابقة، ولكنها أخف، حتى تتناسب العقوبة مع الجريمة، ويجب القصاص في الأعضاء، أو فيما دون النفس.

شروط القصاص:

ويشترط في عقوبة القصاص وأخذ الجاني بمثل فعله شروط كثيرة ذكرها الفقهاء بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وبعضها عام، وبعضها خاص، وتعرف هذه الشروط تفصيلاً من كتب الفقه[2]، وأهم شروط القصاص العامة المتفق عليها ثلاثة شروط، وهي:

١ ـ العمد:

وهو أن يقع الفعل الإجرامي عمداً من الجاني، فإن كان خطأً فلا قصاص، وتنتقل العقوبة إلى ضمان مالي، وهو الدية والكفارة والتعزير.

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٧، مغني المحتاج ٤/٣ وما بعدها، ٢٥، ٣٠، حاشية الدسوقي ٤/٢٣٧، المغني ٨/٢٦٠، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي ٢٧ وما بعدها.

والعمد هو مجرد القصد إلى الجناية الواقعة، سواء أسبقه تصور وتصميم على ارتكاب الجريمة أم لم يسبقه ذلك، وإنما كان قصد الجاني إلى القتل آنياً بآلة تفضي إلى الموت، ويموت المجني عليه من الفعل[1].

أما القوانين الوضعية فإنها تشترط في الجريمة الموجبة للقصاص العمد، ولكنها تفسره بسبق التصور والتصميم، وميز شراح القانون بين مجرد العمد الذي لا يوجب القصاص، وبين القصد الذي يدور بخلد الجاني في مرحلة سابقة، ويفكر بالجريمة، ويعقد العزم على تنفيذها، فإن نفذها استحق القصاص.

وإن الواقع يبين رجحان الشريعة، ويؤكد بطلان الاتجاه القانوني، ويفضح فساد السياسة التي يتبعها شراح القانون، وذلك لصعوبة إثبات سبق التصور والتصميم، وأحياناً استحالة معرفته وإثباته، فيفتح المجال أمام المجرمين ويسهل لهم الطريق، ثم يودعون في السجن لمدة محددة، طالت أو قصرت، ليخرج المجرم بعد ذلك يختال أمام الناس، ويفتخر بإجرامه، ويعقد العزم على متابعة طريقه الإجرامي لأتفه الأسباب.

٢ ـ العدوان:

وهو القتل بدون حق.

فإن انتفى العدوان فلا جريمة ولا قصاص، كالقتل بحق الدفاع المشروع المعروف بدفع الصائل، وتنفيذ حق القصاص، وحالات الضرورة... وغيرها[2].

٣ ـ إمكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها:

وذلك لأن الأصل في القصاص المساواة بين الجريمة والعقوبة، فإن لم تكن المماثلة ممكنة، أو كانت مشكوكاً في إمكانها امتنع القصاص، وانقلبت العقوبة إلى الدية والتعزير.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٢٥، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٦٧، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي ص٤٧/١٠٤.

(٢) مغني المحتاج ٤/٢١، حاشية الدسوقي ٤/٢٣٧، ٢٥٠.

وهذا الشرط سهل في القصاص بالنفس، لأن المماثلة بإزهاق الروح، وإماتة القاتل سهلة وممكنة ولا تفاوت فيها، ولكن شرط المماثلة دقيق وحساس في قصاص الأعضاء، ويحتاج إلى الأطباء وأهل الخبرة في معرفته ثم تنفيذه، فتتحقق المماثلة في فقء العين وقطع العضو من المفصل وقلع السن، ولا يمكن التحقق من المماثلة في كسر العظم وقطع العضو من غير المفصل، ويخشى الزيادة فيها أو سريان الجرح أو غيره ليتعدى الحق المطلوب، فيمنع القصاص، ويجب التعزير أو الدية والأرش[1].

صفة القصاص:

القصاص عقوبة يوجبها الاعتداء على حياة الإنسان أو أحد أعضاء جسمه، ولذلك كان القصاص حقاً خالصاً للعباد، بخلاف الحدود، فإنها حق خالص لله تعالى.

ولكن اعتبار القصاص من حق ولي القتيل لا يمنع وجود الحق العام أو حق الله تعالى في أصل العقاب، لحياة الأنفس، وصيانة الدماء، وبقاء الجنس البشري، وعدم الاعتداء عليه[2].

ويتفرع على هذا الاعتبار في القصاص بوجود حق خاص وحق عام أمران:

١ - إن القصاص يتوقف على طلب المجني عليه أو وليه، برفع الدعوى إلى القاضي بطلب القصاص أو حق الدم.

٢ - إن المجني عليه أو وليه إذا عفا عن الجاني فإن عفوه محصور في إسقاط حقه، ويبقى الحق العام أو حق المجتمع الذي يمثله القاضي، فيعاقب الجاني عقوبة تعزيرية.

وأهم نتيجة لصفة القصاص، وأنه حق خالص للعباد أن حق القصاص يثبت للمجني عليه ولورثته، فيطالبون به، ويمارسون تنفيذه بعد الحكم به، وتحت إشراف أولياء الأمر من الحكام والقضاة[3].

---

(١) المغني ٨/٣١٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٣١.

(٣) مغني المحتاج ٤/٣٩، المغني ٨/٣٠٦، ٣٥٣، حاشية الدسوقي ٤/٢٥٩.

الصفات المشتركة لعقوبة القصاص:

١ - إن القصاص في النفس والأعضاء مقيد بإمكانه وتوفر شروطه وانتفاء موانعه، فإن لم تتوفر شروطه السابقة، ولم يمكن تنفيذه بعدالة ومساواة، أو وجد بعض موانعه كالأبوة وغيرها، امتنع الحكم بالقصاص، ولكن لا يصبح الفعل مباحاً، ولا تزول صفة الإجرام عن الفعل والفاعل، وإنما يمتنع القصاص ليحل محله عقوبة أخرى من دية أو تعزير، مع الاختلاف في حالة العفو عن القصاص، هل ينتقل حق الولي إلى الدية أم لا؟[(١)].

٢ - إن إثبات القصاص وسط في الشدة بين الحدود وغيرها من الأحكام، فيكفي في إثباته رجلان عند جماهير العلماء، ولا تؤثر فيه الشبهة، فالقصاص يثبت مع الشبهة، خلافاً للحدود، ولا يقبل في إثباته النساء خلافاً للتعزير والمعاملات المالية.

٣ - القصاص حق للمجني عليه أو حق لأوليائه بنص الآية الكريمة: ﴿فقَدْ جَعَلْنا لوليه سُلْطاناً﴾ ولذلك يحق للولي العفو عن المجني عليه، ويجوز إسقاط القصاص، والصلح عنه، وإبراء الجاني . . . ، لأن الولي يتصرف بحقه كما يشاء، خلافاً للحدود فإنها حق الله تعالى ولا يصح فيها العفو والإبراء والصلح والإسقاط[(٢)].

٤ - القصاص عقوبة مقدرة بالنص، فهو عقوبة نصية، وليس مفوضاً إلى القاضي أو الحاكم، كالحدود، وبالتالي فلا يحق لولاة الأمر من الحكام والقضاة أن يغيروا عقوبة القصاص، أو أن ينقصوا منها، أو أن يزيدوا عليها، أو أن يستبدلوها بغيرها.

٥ - تظهر في القصاص والدية وظيفة الأسرة والعاقلة ومكانتها في التشريع

---

(١) بدائع الصنائع ٤٦٣٣/١٠، مغني المحتاج ٤٨/٤، حاشية الدسوقي ٢٣٧/٤، المغني ٣٥٥/٨، ٣٦١.

(٢) مغني المحتاج ٤٩/٤، المغني ٣٥٣/٨، ٣٦١، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي ص ١٧٦، ١٨٧.

الاجتماعي والتكافل، ويظهر أثر التناصر فيها والتعاون، وذلك بتطبيق القاعدة الفقهية «الغُرْمُ بالغُنْم» فقد أعطى القرآن الكريم حق القصاص لأولياء القتيل، وهم أولياء الدم، وهم الورثة حسب حقهم في الميراث، ويقدم الأقرب فالأقرب، وفي المقابل تتحمل الأسرة والعاقلة الدية في الجريمة التي تقع خطأ من أحد أفرادها[1].

٦ - إن القصاص عقوبة بدنية تقع على الجسم كاملاً أو على جزء منه.

تعريف الدية ومشروعيتها:

الدية من وَدَى، ثم حذفت الواو، والهاء عوضاً عنها، وَدَى القاتلُ القتيلَ يَدِيه دِيَةً إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ووَدَيْت القتيل أعطيته ديته، ويقال لما يعطى في الدم دِية[2].

والدية عقوبة مالية، وهي تعويض مالي للمجني عليه.

وتكون الدية عقوبة أصلية في القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجناية على ما دون النفس خطأ، كما تكون الدية عقوبة بدلية في القتل العمد والجرح أو القطع العمد إذا فقد أحد شروطه، أو تعذر إمكانية القصاص فيها، أو عفا الولي عن الجاني.

والأصل في مشروعية الدية القرآن الكريم والسنة الشريفة.

قال الله تعالى: ﴿وما كَانَ لمُؤْمِنٍ أنْ يَقْتُلَ مؤْمِناً إلا خَطَأ، ومنْ قَتَـلَ مؤمِناً خطأً فتحريرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَة، ودِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهله إلا أن يَصَّدَّقُوا﴾ (سورة النساء) الآية: ٩٢، ثم قال تعالى: ﴿وإنْ كانَ منْ قومٍ بينكم وبينَهم ميثاقٌ فدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إلى أهله وتحريرُ رَقَبَةٍ مؤمنةٍ﴾ (سورة النساء) الآية: ٩٢.

وروى أبو بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى اليمن كتاباً، وكان في كتابه «أن من اعتبط مؤمناً قَتْلاً عن بينة، فإنّه قَوَدٌ، إلا

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٧٦.

(٢) المصباح المنير ٢/٩٠٠، مفردات غريب القرآن ص ٥١٨.

أن يرضى أولياء المقتول، وإن في النفس الدية مائة من الإبل. . . الحديث»[1].

أنواع الدية:

الدية هي التعويض المالي أو العقوبة المالية عند الاعتداء على النفس أو ما دونها، ويرادف الدية الأرش وحكومة العدل، ولكن الفقهاء خصصوا كل لفظ بعقوبة، وذلك بحسب نوع الجناية، فالدية على ثلاثة أنواع، وهي:

١ ـ **الدية**: وهي ما يؤدى من المال بدلاً عن النفس، وإذا أطلق الفقهاء الدية فإنها مخصوصة ببدل النفس، ودية النفس عقوبة مالية مقدرة من الشارع الحكيم وهي مائة من الإبل كما ورد في حديث الديات الذي رواه أبو بكر بن محمد بن حزم السابق، ويضاف إلى الدية عقوبة دينية وهي الكفارة.

٢ ـ **الأرش**: وهو دية العضو، أي ما يؤدى من المال بدلاً عن الأعضاء، والأرش مقدار من المال محدد من الشارع بحسب العضو المعتدى عليه كأرش اليد أو الرجل أو العين، وهو مقدر سلفاً، كما جاء في حديث الديات.

٣ ـ **الحكومة**: **أو حكومة العدل**: وهي عقوبة غير مقدرة، أو أرش غير مقدر شرعاً، ولم يرد نص بتحديدها، وترك للحاكم تقديره وفق قواعد معينة، وبمعرفة أهل الخبرة، والحكومة تعويض مالي عن الجرائم الواقعة على البدن، وليس فيها دية مقدرة أو أرش محدد، كالجرح والتعطيل وغيرهما[2].

ويلحق بالديات الغرة وهي دية الجنين أو عقوبة الاعتداء على المرأة الحامل بإسقاط حملها، وهي دية مقدرة بالشرع[3].

---

(١) رواه النسائي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي وأبو داود وأحمد، (انظر: نيل الأوطار ٧/٦١).

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٢٩، الدية في الشريعة الإسلامية، أحمد فتحي بهنسي ص ١١١، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٧١، وانظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٦٢٢، مغني المحتاج ٤/٢٨، ٥٣، ٧٧، حاشية الدسوقي ٤/٢٥٣، ٢٦٦، المغني ٨/٣٦٧، ٤٣٥، ٤٨١.

(٣) مغني المحتاج ٤/١٠٣، حاشية الدسوقي ٤/٢٦٨، المغني ٨/٤٠٤.

وتنقسم الدية أيضاً من حيث كيفيتها والمكلفين بأدائها وسبب وجوبها إلى نوعين:

١ ـ **الدية المخففة**: وهي العقوبة المالية أو التعويض المالي الذي يجب على عاقلة القاتل أن تدفعه، من مال معين، بسبب القتل الخطأ، أو القتل العمد من الصبي والمجنون، مع اختلاف كبير في الفروع بين الفقهاء.

٢ ـ **الدية المغلظة**: وهي العقوبة المالية أو التعويض المالي الذي يجب على القاتل، وفي قول على العاقلة، أن تدفعه من مال معين وشروط معينة بسبب القتل شبه العمد، أو القتل العمد إذا عفا الأولياء عن حق القصاص، وطالبوا بالدية[١]، وتفصيل ذلك في كتب الفقه.

حكمة مشروعية الدية:

نلاحظ أن محل الجريمة في القصاص والدية واحد، وأحياناً تكون النتيجة واحدة، وهي الموت، ومع ذلك فقد فرقت الشريعة بينهما بسبب رئيسي وهو العمد والخطأ، فكانت عقوبة القاتل العامد الذي قصد إزهاق الروح كانت عقوبته القصاص بالمثل، أما القتل خطأ فكانت عقوبته الدية؛ لأن القاتل لم يقصد القتل، ولم يخطر بباله إزهاق الروح والاعتداء على الحياة، وإن جريمته تنحصر في الإهمال وعدم الاحتياط الذي أدى به إلى القتل، وشبه العمد يلحق بالخطأ، والإمام مالك ينكر شبه العمد نهائياً، والقتل عنده عمد أو خطأ.

كما نلاحظ أن عقوبة الدية لا يتحملها الجاني وإنما تقع على عاقلته، وهذا استثناء من القاعدة الشرعية بشخصية العقوبة الثابتة بقوله تعالى: ﴿لا تَزِرُ وازرةٌ وِزْرَ أخرى﴾، وبين المرحوم عبد القادر عودة مسوغات هذا الاستثناء، فقال[٢]: «إلا أن ظروف الجناة والمجني عليهم هي التي سوغت هذا

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ٦٧٢/١، والمراجع التي أشار إليها، وانظر: بدائع الصنائع ٤٦٥٨/١٠، ٤٦٦٥، مغني المحتاج ٥٣/٤، ٨٠، ٨٩، ٩٥، المغني ٣٧٢/٨، ٣٧٥، ٣٧٧، ٣٧٩، فقه القرآن والسنة في القصاص، شلتوت ص ١٢١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، له ٦٧٤/١، مع الاختصار والتصرف.

الاستثناء، وجعلت الأخذ به لازماً، لتحقيق العدالة والمساواة ولضمان الحصول على الحقوق، ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية:

١ - لو أخذنا بالقاعدة العامة، فتحمل كل مخطىء وزر عمله لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء، وهم قلة، ولامتنع تنفيذها على الفقراء وهم كثرة... فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجباً لتحقيق العدالة والمساواة.

٢ - إن الدية - وإن كانت عقوبة - إلا أنها حق مالي للمجني عليه أو وليّه، وقد روعي في تقديرها أن تكون تعويضاً عادلاً عن الجريمة... وإلا لما أمكن أن يصل معظم المجني عليهم إلى الدية التي يحكم بها، لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد... فكان ترك القاعدة هو الضمان الوحيد الذي يضمن وصول الحقوق إلى أربابها... أما جرائم العمد فلا حاجة لذلك، لأن العقوبة الأصلية هي القصاص.

٣ - إن العاقلة تحمل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد، وهو ملحق بالخطأ، وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً، والمسؤول عن تربية الفرد وتوجيهه المتصلون به بصلة الدم، كما أن الفرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه، فكان الإهمال وعدم الاحتياط هو في الغالب ميراث الأسرة... فوجب لهذا أن تتحمل أولاً العاقلة نتيجة خطئه... وإن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزة والقوة بأسرته وجماعته... فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ.

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التناصر والتعاون، ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناصر باقي أفراد الأسرة ويتعاون معهم، وكذلك واجب الفرد في كل جماعة، وتحميل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني يحقق التعاون والتناصر تحقيقاً تاماً... وهذا يؤدي إلى الاتصال الدائم والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة.

أقول: وهذا من المؤيدات الجماعية والمسؤولية الاجتماعية على

العاقلة والجماعة لتقوم بوظيفتها فتمنع الإجرام، وتصون الدماء، وتحافظ على الأرواح، وتتدارك العدوان، وتأخذ على يد المستهترين والعابثين، وتكبل أيدي الطغاة والشراذمة، وهذا المؤيد فريد في الشريعة الإسلامية، ولا يوجد له مثيل في القوانين.

٥ ـ إن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم، كما يبغي علماء الاجتماع والإجرام، ولكنه ليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم... ومن أخطأ وتسبب في الجريمة ثم بالدية على عاقلته سيساهم غداً بنصيب من الدية المقررة لجريمة غيره، لأن كل إنسان معرض للخطأ.

٦ ـ إن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حياطة الدماء وصيانتها، وعدم إهدارها، والدية مقررة بدلا من الدم، وصيانة له عن الإهدار، فلو تحمل كل جان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائها، لأهدر بذلك دم المجني عليه، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجباً. حتى لا تذهب الدماء هدراً دون مقابل[1].

* * *

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ١/٦٧٦ مع الاختصار والتصرف.

المبحث الثالث

في التعزير

تعريف التعزير:

التعزير لغة: المنع، والنصرة مع التعظيم، من العزر، والتعزير مصدر عزّر، وهو التأديب، ومعاني المنع والنصرة والتأديب متصلة ببعضها، يقال: عزر فلان غيره، بمعنى نصره ومنع عدوه منه، أو بمعنى أدبه ومنعه من العدوان فهذا نصر له، قال الراغب الأصفهاني: لكن الأول: نصره بقمع ما يضره عنه، والثاني: نصره بقمعه عما يضره، فمن قمعته عما يضره فقد نصرته، ومنه قوله تعالى: ﴿لِتُؤْمِنُوا بالله ورسولِهِ، وتعزِّرُوهُ وتوقِّرُوهُ﴾ (سورة الفتح) الآية: ٩، أي تنصروه على عدوه، أو تمنعوا عدوه من إيقاع الأذى به وتحموه منه[١].

والتعزير في الاصطلاح الشرعي هو: **عقوبة غير مقدرة، تجب حقاً لله أو لآدمي، في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة.**

فالتعزير عقوبة تقع بمن يرتكب معصية ويخرج على أحكام الشريعة، ويتعدى على حقوق الناس، ويؤذي غيره بفعله، وهذه العقوبة مؤيد شرعي من أجل حماية حقوق الله تعالى أو حقوق العباد، وكفالة الالتزام بها والتقيد بما جاء فيها، وهي عقوبة مفوضة إلى ولي الأمر من الحكام والقضاء، ولم يرد نص شرعي في تقديرها وتحديدها، ويشمل التعزير جميع المعاصي والمخالفات التي تصدر عن الإنسان إلا إذا ورد حد شرعي بمقدار العقوبة وهي عقوبات الحدود والقصاص السابقة التي ورد تقديرها بالشرع، كما يمتنع تطبيق التعزير في

(١) القاموس المحيط ٨٨/٢، المصباح المنير ٥٥٧/٢، مفردات غريب القرآن ص ٣٣٣.

المعاصي التي وضع الشارع كفارة لفاعلها، لأن الكفارة عقوبة مقررة على المعصية بقصد التكفير عنها، والتوبة منها، والرجوع عن فعلها.

شمول التعزير:

إن عقوبة التعزير واسعة المدى، وتشمل جميع المخالفات الشرعية تقريباً، وتتناول جميع الجرائم والجنايات إلا ما ورد في شأنه حد مقدر أو كفارة كما سبق في التعريف[1].

وقد وضع الفقهاء ضابطاً عاماً لتحديد السبب الذي يوجب التعزير، ويستحق فاعله العقوبة، فقالوا: الضابط أن **كل من ارتكب منكراً، أو آذى غيره بغير حق**، بقول أو بفعل أو إشارة، يلزمه التعزير[2].

ويمكننا تصنيف الجرائم والمخالفات التي يشملها التعزير بما يلي:

١ ـ **الجرائم التي لم يحدد الشارع لها عقوبة مقدرة**، وإن الجرائم التي وضع لها الشارع عقوبة مقدرة أو نص عليها محدودة ومحصورة وهي الحدود الستة السابقة وجرائم القصاص والدية، وما عداها فإن عقوبتها مفوضة إلى الحاكم عن طريق التعزير.

٢ ـ الجرائم التي حدد الشارع لها عقوبات، ولكن **لم تتوفر فيها شروط العقوبة**، وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً، فإن الحدود والقصاص لا تقام إلا إذا توفرت شروطها وانتفت موانعها، فإن فقد شرط من الشروط في جرائم الحدود والقصاص، أو وجد مانع من إقامة الحد أو تنفيذ القصاص، فإن الفعل يبقى محظوراً وجريمة، وتجب معاقبة الفاعل، فتكون العقوبة مفوضة إلى الحاكم بالتعزير، وكذلك إذا وقعت شبهة في جرائم الحدود أو في إثباتها فلا يطبق الحد، وإنما يتم العقاب بالتعزير، لأن الحدود تدرأ بالشبهات[3].

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٦٣، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٧٦٥، التعزير في الشريعة الإسلامية، عامر ص ٣٧، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢/٣٦٣، مغني المحتاج ٤/١٩١.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٤١.

(٣) بين الجرائم والحدود، أحمد موافي ص ٧٣.

٣ ـ اقتران العقوبة بالتعزير مع إحدى العقوبات المقدرة مع الاختلاف الواسع بين الفقهاء والأئمة في هذه الحالة، فالحنفية يرون أن عقوبة الزاني غير المحصن هو الجلد فقط، وأن التغريب ليس حداً ولا جزءاً من الحد، ولكنهم يجيزون إضافة التغريب إلى الحد على سبيل التعزير، وكذا تعزير شارب الخمر، بعد إقامة الحد عليه، بالتأنيب والتبكيت، وقال الشافعية: إن عقوبة الشارب أربعين جلدة، ويجوز معاقبته فوق الأربعين على سبيل التعزير، ويفسرون فعل الرسول ﷺ أحياناً، وفعل عمر بالضرب ثمانين، أنه على سبيل التعزير، ويقول الشافعية والحنابلة بتعزير السارق بعد قطع يده، وذلك بتعلق اليد في عنقه ساعة من نهار زيادة في تنكيله تعزيراً، ويقول المالكية بجواز اجتماع التعزير مع القصاص في الأعضاء، كمن جرح غيره عمداً، فيقتص منه، ويؤدب تعزيراً، كما يجتمع التعزير مع الكفارة في حلف اليمين الغموس عند الشافعية[١].

الحكمة من التعزير:

سارت الشريعة الإسلامية في نظام العقوبات على منهج خاص، وسلكت طريقاً فريداً في فلسفة العقوبة، فعمدت إلى بيان بعض العقوبات، وقدرتها بشكل دقيق ومفصل ومحدد، وهي الحدود والقصاص، لأن موجباتها خطيرة، ولأن الاعتداء فيها يمس أساس المجتمع وكيان الجماعة، وضمير الأمة، ويهدد مقاصد الشريعة، وضروريات الحياة، ثم ترك تقدير بقية العقوبات على الجرائم الأخرى والمعاصي والمحظورات إلى ولي الأمر، وفوّض نوعها وكيفيتها إلى الحكام لمعاقبة الجناة والمجرمين بما يصلح أحوالهم، ويحفظ حقوق الناس، ويردع الآخرين، ويؤمن العدالة، ويوفر الحماية للأحكام الشرعية، ويضمن التأييد السليم لدين الله تعالى.

فالمقصود من التعزير هو الإصلاح والتأديب والزجر والردع، وتحقيق هذا

---

(١) انظر تفصيل هذا الموضوع في كتاب التعزير في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٧، ٦٣ وما بعدها، مغني المحتاج ٤/١٧٨، ١٨٩ المغني ٩/١٢٢، بدائع الصنائع ٩/٤١٦٣، حاشية الدسوقي ٤/٢٣٩.

المقصد يختلف من شخص إلى آخر، ومن زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان، ويختلف حسب الظروف والملابسات التي رافقت الجريمة، ويتفاوت بحسب البواعث الإجرامية والنتائج التي ترتبت على الفعل الاجرامي، وأن ما يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يردع شخصاً عن جريمة قد يشجع آخر، ولذلك أشارت النصوص الشرعية إلى مجموعة من العقوبات التعزيرية، وتركت للحكام حرية الاختيار بينها، وفوضت له سلطة التقدير تشديداً وتخفيفاً في كل عقوبة حسب ظروف الزمان والمكان وتغير الأحوال، وهذا من أدلة صلاحية هذه الشريعة لكل زمان ومكان[1].

ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: «سيحدث للناس أقضيةٌ بقدر ما أحدثوا من الفجور»، وإن وَضْعَ العقوبات المتناسبة للجرائم المختلفة هو من السياسة الشرعية التي يقوم بها الحاكم المسلم لتحقيق مصالح الناس، وإن لم يعتمد فيها على دليل شرعي خاص.

صفة التعزير:

التعزير عقوبة لمنع الاعتداء على حقوق الله تعالى المحضة وحقوق العباد المحضة والحقوق المشتركة التي فيها حق الله وحق العباد.

فإن كان الاعتداء على الحرمات الدينية المحضة، التي لا تخص فرداً بعينه، كانت عقوبة التعزير حقاً خالصاً لله تعالى.

وإن كان الاعتداء على شخص بالإيذاء والضرب والشتم أو بسلب حقه أو اغتصاب ماله أو العدوان على أملاكه. . . فيكون التعزير حقاً خالصاً للعبد في رد الحق إلى صاحبه، وحمايته في نفسه وماله، ويتعلق بهذا الحق أيضاً حق الشرع في التأديب والقمع.

وإن كان الاعتداء على الحقوق التي تخص العباد وتنتهك الحرمات كالاعتداء على الأعراض والأنفس والدين، فيما لا يجب فيه حدود ولا قصاص، فيكون التعزير حقاً مشتركاً، ويجتمع فيه حق الله وحق العباد[2].

---

(١) أنظر: التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٥، التعزير، عامر ص ٥٣، ٢٤٣.

(٢) أنظر: المدخل الفقهي العام ٢/٦٤٢، التعزير ص ٤٠، فلسفة العقوبة ١/٨٧.

أنواع التعزير:

العقوبات التعزيرية كثيرة ومتنوعة، بعضها بدنية، تصيب البدن كالقتل والجلد، وبعضها نفسية ومعنوية، كالتوبيخ والوعظ والتهديد والتشهير والهجر، وبعضها بدنية ونفسية كالحبس والنفي، وبعضها مالية كالغرامة، وبعضها مركب من أمرين أو أكثر، وهذه العقوبات بعضها وردت في النصوص الشرعية، وبعضها استنبطها الفقهاء ودوَّنوها في كتبهم لإرشاد القضاة إليها، ولا مانع في الشريعة من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب، وسوف نذكر هذه العقوبات التعزيرية تعداداً وتعريفاً، مع التنبيه إلى أن الفقهاء والأئمة اختلفوا اختلافاً كبيراً في مشروعية بعض هذه العقوبات كالقتل تعزيراً، والزيادة في الضرب والجلد على مقدار الحد، والتعزير بأخذ المال[1]، وأهم العقوبات التعزيرية هي:

١ - **عقوبة القتل تعزيراً** عند بعض الفقهاء وفي بعض الجرائم، مثل قتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة، ويسمي الحنفية القتل تعزيراً **بالقتل سياسة**، وأيدهم فيه بعض المالكية، وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة.

٢ - **عقوبة الجلد**، بأن يضرب الجاني بالسوط، وهذه العقوبة متفق عليها بين المذاهب، ولكن اختلف الأئمة في مقدار الجلد، فقال المالكية: إن الحد الأعلى للجلد متروك لولي الأمر، ولا حدّ لأكثره، وقال الجمهور: يجب تقييد الجلد بأقل الحدود، ثم اختلفوا في أقل الحدود بين الأربعين أو الثمانين.

٣ - **الحبس**، وذلك بوضع الجاني في السجن لمدة معينة أو لمدة غير معينة حسب الجريمة والمجرم، ويرى الشافعية أن حده الأعلى لا يتجاوز السنة،

---

(١) التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٢٤٢ وما بعدها، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٧، من الفقه الجنائي المقارن، أحمد موافي ص ٧٤، مغني المحتاج ٤/١٩٢، المغني ٩/١٧٦.

وقال الجمهور: يترك تقدير حده الأعلى لولي الأمر، وأول من أنشأ السجون الخليفة الثاني عمر بن الخطاب.

٤ ـ **التغريب أو الإبعاد أو النفي**، وهو العقوبة التي قال بها بعض الأئمة في حد الزنا لغير المحصن، وقد طبق هذه العقوبة تعزيراً عمر بن الخطاب وغيره من الخلفاء، وحدده الشافعي وأحمد بسنة، وقال أبو حنيفة ومالك يجوز زيادته على سنة.

٥ ـ **الصلب**، وهو عقوبة نصية في الحرابة، ويصح أن يكون عقوبة تعزيرية في غيرها، والصلب للتعزير لا يصحبه القتل، وإنما يكون بالصلب حياً، ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه، ولا يمنع من الوضوء، ولكنه يصلي إيماءً.

٦ ـ **عقوبة الوعظ**، بأن يكتفي القاضي بوعظ الجاني إذا رأى أن الوعظ يكفيه للإصلاح والردع، وأن الجناية خفيفة وبسيطة.

٧ ـ **الهجر**، وهو عقوبة تعزيرية وردت في القرآن الكريم في معاقبة الرجل لزوجته، قال تعالى: ﴿فعِظُوهُنَّ واهجُروهُنَّ في المَضَاجِع﴾، كما ورد في معاقبة الثلاثة الذين تخلفوا عن الجهاد بدون عذر في غزوة تبوك، قال تعالى: ﴿وعلى الثلاثةِ الذينَ خُلِّفُوا. حتى إذا ضَاقَت عليهم الأرضُ بما رَحُبَت، وضَاقت عليهم أنفسُهم، وظنُّوا أنْ لا ملجأ من الله إلا إليه، ثم تَاب عليهِم ليتُوبُوا﴾ (سورة التوبة) الآية: ١١٨.

٨ ـ **عقوبة التوبيخ**، إذا رأى القاضي أن التوبيخ يكفي لإصلاح الجاني، وقد عزر رسول الله ﷺ بالتوبيخ لمن عَيَّر آخر بأمه، فقال له: «إنَّك امرؤٌ فيك جاهلية»[1].

٩ ـ **عقوبة التهديد**، بأن ينذر القاضي الجاني بعقوبة تعزيرية شديدة كالجلد أو الحبس إذا عاد إلى فعله مرة ثانية، ومن التهديد أن يحكم القاضي بالعقوبة ثم يوقف تنفيذها إلى مدة.

---

(١) هذا جزء من حديث رواد أبو داود وغيره عن أبي ذر رضي الله عنه، (انظر: الفتح الكبير ٣/٣٧٥).

١٠ ـ **التشهير**، وذلك بالإعلان عن الجريمة، والمناداة على المجرم على رؤوس الأشهاد، وخاصة في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش.

١١ ـ **عقوبات خاصة**، كالعزل من الوظيفة، وحرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعا، ومصادرة أدوات الجريمة، وإزالة أثر الجريمة، كهدم البناء المقام في الشارع.

١٢ ـ **الغرامة**، أو **العقوبة المالية**، وهذه العقوبة مختلف فيها، فأجازها الإمام أبو يوسف، ومنعها الجمهور خشية أن تكون وسيلة لأخذ أموال الناس إلى جيوب الولاة والحكام.

صفات التعزير:

١ ـ **التعزير عقوبة غير مقدرة من الشارع**، وإنما ترك للقاضي أن يختار نوع العقوبة الملائمة، ومقدار العقوبة المناسبة، بخلاف الحدود والقصاص والدية والكفارة فهي عقوبات مقدرة شرعاً ومعينة للقاضي ولازمة له، ولا يحق له أن يستبدلها، ولا أن ينقص منها، أو يزيد عليها.

أما التعزير فإن بعض العقوبات مقدرة بحدين أعلى وأدنى كالجلد والحبس، عند البعض، ويترك للقاضي حرية اختيار وتقدير المقدار المناسب، وإنّ بعضها الآخر غير مقدر نهائياً، ويترك أمره إلى القاضي.

والقاضي يملك الحرية في اختيار العقوبة الملائمة، كما يملك حرية تقدير كمية العقوبة اللازمة، بحسب ظروف الجريمة وظروف المجرم، فيراعي الظروف المخففة، أو ينزل بالجاني العقوبة المشددة بسبب الظروف القاسية والنتائج الفادحة التي أعقبت الجريمة.

ولكن سلطة القاضي الواسعة في عقوبة التعزير ليست تحكمية بحسب هواه، وإنما تخضع لأسس شرعية، وأصول محكمة، وإطار محصور معين، ولذلك حدد الفقهاء عقوبات التعزير ليختار القاضي إحداها، فيبدأ بالنظر وينتهي بالموت بحسب جسامة الجريمة وخطورة المجرم.

٢ - **يحق لولي الأمر العفو عن عقوبة التعزير فيما يتعلق بحق الله تعالى فيها**، خلافا للحدود، فلا تقبل العفو من ولي الأمر، ولا تقبل الإسقاط، كما يحق للمعتدى عليه أن يعفو عن الجاني في العقوبة التعزيرية، ولكن عفوه لا يلغي العقوبة، ولا يسقط حق ولي الأمر أو الدولة في العقاب، بخلاف القصاص، فإن عفا ولي الأمر بريء القاتل، ولا يسأل إلا عن الحق العام أو حق المجتمع، أما حق المعتدى عليه في العقوبة التعزيرية فينحصر في زاوية منه، وتبقى حرية القاضي في عقوبة الجاني لعدوانه على حق الله فيها[1].

٣ - **يعتبر في تقدير التعزير شخصية الجاني وجسامة الجريمة**، أما في الحدود والقصاص والدية والكفارة فينظر إلى الجريمة فقط، ولا اعتبار لشخصية الجاني، سواء كان محترفاً ومعتاداً أو كان مبتدئاً أو كانت جنايته مصادفة[2].

٤ - **العقوبة في التعزير لا تتوقف على دعوى**، وإنما يتولى الحاكم وغيره النظر فيها ونقلها إلى القاضي حسبة لله تعالى، لإزالة المحظورات والنهي عن المنكرات، وإقامة الأحكام الشرعية، ولأن المقصود من التعزير هو التأديب والزجر والردع، ولذا يجوز تعزير الصبي العاقل تأديبا له، أما الحدود فبعضها لا يتوقف على الدعوى، وبعضها الآخر يتوقف على الدعوى كالقذف والسرقة، وكذلك القصاص، وإن الصبي العاقل لا يقام عليه الحد ولا القصاص[3].

تقنين التعزير كتشريع جنائي إسلامي:

رأينا أن تعيين العقوبة وتقديرها في التعزير راجع إلى ولي الأمر المسلم الذي يقيم حدود الله، ويطبق شريعته، وينفذ أحكامه، ويسير على منهج القرآن والسنة، وأن أولياء الأمور في الخلافة الإسلامية كانوا يبينون بعض عقوبات التعزير، وتكفل الأئمة والفقهاء والعلماء والقضاة بالاجتهاد والبحث في مصادر

---

(١) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢/٣٦٦، المغني ٩/١٧٨، وانظر الفرق بين الحدود والتعازير في الفروق، للقرافي ٤/١٧٧.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦١٥، ٦٨٦، التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٤٩.

(٣) المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٧٦٦، التعزير ص ٥٠.

التشريع الإسلامي، وعلى ضوء مقاصد الشريعة العامة، وأهدافها في العقوبة، تكفلوا بذكر العقوبات التعزيرية في كتبهم ليرجع إليها القضاء أثناء النظر في الجرائم والمحظورات التي لم يرد فيها عقوبة مقدرة من حد أو تعزير، وقد أدَّوْا خدمات جليلة، وسدوا فراغاً كبيراً، وكانوا على مستوى المسؤولية في الاجتهاد والاستنباط لبيان الأحكام الشرعية التي يحتاج إليها المسلمون خلال مئات القرون.

واليوم ضعف الاجتهاد وتقاصرت الهمم، وشاع بين الدول تقنين الأحكام وإصدارها في لوائح مستقلة تبين للمواطنين سلفاً الطريق الذي يجب سلوكه، والأحكام التأييدية، والجرائم والمحظورات التي يجب الابتعاد عنها، والعقوبات المقدرة لكل جناية أو مخالفة، كما نلاحظ أن دراسة علم الإجرام قد تقدم وتطور، واعتمد على دراسات تطبيقية، واستخدم علم النفس والاجتماع لمعرفة بواعث الانحراف والإجرام من جهة، ولاستخدام الطرق الناجعة في الإصلاح والتوجيه والردع من جهة أخرى.

وإن الشريعة الإسلامية الخالدة صالحة لكل زمان ومكان، فقد وضعت الأسس القويمة، والمبادىء الكلية، والقواعد المرنة، لتأمين أهدافها، وتطبيق أحكامها، ويظهر هذا جلياً في التعزيرات الشرعية وتفويضها إلى ولاة الأمر والحكام.

وبناء على ذلك فلا مانع ـ بل يجب ـ شرعاً أن توضع العقوبات التعزيرية في قانون عام، وتقدر العقوبات بحسب جسامة الجريمة، وبما يحقق أهداف العقوبة، وبما يحفظ الحقوق والأموال والأنفس والأخلاق والأمن والنظام في المجتمع الإسلامي المقبل، ويعتمد إصدار قانون العقوبات الإسلامي على ما يلي:

١ ـ تقنين العقوبات المقدرة في الحدود والقصاص والدية كما جاءت في النصوص الشرعية.

٢ ـ الاعتماد على كتب الفقه وتراث السلف في تقدير العقوبات التعزيرية.

٣ ـ الاستئناس والاستفادة من الوسائل العلمية الحديثة في محاربة الإجرام،

وإصلاح الجناة، وتقدير العقوبات، ومن أهمها قوانين العقوبات المطبقة والنافذة في بلادنا.

ولا بد أن تتوافر في القانون المنتظر الشروط التالية:

١ ـ أن يكون الباعث عليه حماية المصالح الإسلامية المقررة، لا حماية الأهواء والشهوات للأفراد والحكام والطبقات.

٢ ـ أن تكون العقوبات التي يقررها القانون ناجعة وحاسمة لمادة الشر، أو مخففة له، دون ضرر ولا فساد.

٣ ـ أن تكون العقوبات متناسبة في جسامتها ومقدارها مع الجرائم المقررة لها.

٤ ـ أن تطبق العقوبات على جميع الناس بالمساواة والعدالة، فلا تطبق على الفقراء دون الأغنياء، ولا على المواطنين دون الحكام وذوي النفوذ، ولا على طبقة دون أخرى. وقد همَّ عمر بن عبد العزيز بتقنين العقوبات، فمات قبل تنفيذ فكرته، ثم حاول أبو جعفر المنصور ذلك فطلب من الإمام مالك أن يدونها ليعم نفعها، فنهاه الإمام مالك، وتكررت المحاولة في عهد المأمون والرشيد[١].

---

(١) انظر فلسفة العقوبة ١/٨٤ وما بعدها، المدخل الفقهي العام ٢/٦٤٥.

المبحث الرابع

في عقوبة الكفارة

نختم الكلام عن المؤيدات التأديبية بكلمة عن عقوبة الكفارة، والكفارة في أصلها عبادة، ولذلك فاعتبارها عقوبة يختص بالتشريع السماوي الذي يجمع بين العقيدة والشريعة، ويستند إلى مؤيدات أخروية ودنيوية، فالكفارة عقوبة دنيوية، ولكنها ديانية، ترجع إلى العقيدة والديانة وقصد التكفير عن الذنوب والخطايا والآثام، والتوبة منها، خشية السؤال عنها يوم القيامة، وقد حصرنا بحثنا في مطلع هذا الفصل بالمؤيدات الترهيبية الدنيوية، فلا يدخل فيه الكفارات، ولكننا أردنا أن نعطي فكرة عن عقوبة الكفارة لإتمام الصورة لنظام العقوبات في الشريعة الإسلامية، ولإعطاء الدليل على خصائص وميزات الشريعة في مجال المؤيدات، وإنها تعتمد على أساس العقيدة، ونظام الديانة، والمؤيدات الترغيبية، والمؤيدات الأخروية.

الكفارة عبادة وعقوبة:

الكفارة في الأصل عبادة، لأنها عبارة عن تقرب إلى الله تعالى مقرونة بالنيّة، وتكون بعتق الرقبة أو إطعام المساكين أو الصيام، فإن فرضت الكفارة على عمل مشروع فهي عبادة خالصة، كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيقه، وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطأ، ومع كونها عقوبة، فإن صفة العبادة لا تزول عنها، ولا تجوز إلا في حق المسلم ولا تصح من الكافر[1].

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٣.

فالكفارة عقوبة مقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها، والتكفير عن الذنب توبة تحتاج إلى الإيمان والنية، «إنَّما الأعمال بالنِّيَّات»[1].

الكفارة عقوبة محددة:

والكفارات عقوبات مقدرة بتقدير الشارع؛ لأنه ورد النص عليها، فبيَّن أنواعها، وحدد مقاديرها، وعدد موجباتها، فلا تثبت إلا فيما نص عليه الشارع صراحة، وبالتالي فهي قطعية، لا يجوز الزيادة عليها ولا النقص منها ولا القياس عليها[2]، وقد ورد النص على الكفارات بلفظ العدد «ستين مسكينا» «شهرين متتابعين» «عشرة مساكين» «فصيام ثلاثة أيام» والعدد قطعي الدلالة، لا يحتمل الزيادة عليه ولا النقص منه.

موجبات الكفارة:

الكفارة لا تجب إلا في حالات محددة، أو جرائم معينة، وهي:

١ ـ إفساد الصوم، يقول رسول الله ﷺ لمن واقع زوجته في رمضان: «أعتق رقبة، صم شهرين متتابعين، أطعم ستين مسكينا»[3].

٢ ـ إفساد الإحرام في الحج، كما هو ثابت تفصيلاً في كتب الفقه، وكتب الحديث.

٣ ـ الحنث في اليمين.

٤ ـ الوطء في الحيض.

٥ ـ الوطء في الظهار.

٦ ـ القتل.

---

(١) هذا طرف من حديث صحيح مشهور رواه البخاري ومسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرفوعاً (صحيح البخاري ٣/١، صحيح مسلم ٥٣/١٣).

(٢) أخذ الحنفية بهذا المبدأ، ورفضوا قياس القتل العمد على القتل الخطأ في وجوب الكفارة فيه، وخالف الشافعية، وقالوا تجب الكفارة في القتل العمد قياساً على القتل الخطأ بالأولى، أو بدلالة النص، انظر: بدائع الصنائع: ٤٦٥٧/١٠، مغني المحتاج ١٠٧/٤.

(٣) انظر: نيل الأوطار ٢٤٠/٤، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي ٩٦، ١٠٦.

أنواع الكفارات:

والكفارة الواجبة في الجرائم السابقة تختلف باختلاف الجريمة، وتختلف في النوع والمقدار وطريقة الأداء.

كما أن العقوبة بالكفارة قد تكون مستقلة، وقد تفرض مع عقوبة أخرى مقدرة، كالدية والكفارة في القتل الخطأ، وقد يفرض معها عقوبة غير مقدرة كالتعزير مع الكفارة في الظهار[1].

والكفارات الشرعية هي:

١ ـ **العتق**: وهو تحرير أحد العبيد بشروط خاصة، وبما أن الرق قد ألغي وزال من الوجود فهل يصح التصدق بالقيمة اليوم؟ ذهب بعض المعاصرين إلى صحته[2]. وموجب **العتق** القتل، والإفطار في رمضان، والحنث في اليمين، والظهار، وغيرها من الموجبات الكثيرة التي رتّب الشارع العتق بسببها ترغيباً بتحرير الرقاب وإطلاق حرية الإنسان.

٢ ـ **الإطعام**: وهو إطعام ستين مسكينا بسبب إفساد الصوم، وعشرة مساكين في كفارة اليمين.

٣ ـ **الكسوة**: وهي إكساء الفقراء بثياب تكفيهم، وذلك في كفارة اليمين فقط للنص عليها، ويتم بإكساء عشرة مساكين.

٤ ـ **الصيام**: وهو الإمساك عن الطعام والشراب والجماع من طلوع الفجر إلى أذان المغرب، والصيام عبادة، ولكنه هنا عقوبة وعبادة، وذلك بأن يصوم من يحنث عن يمينه ثلاثة أيام، ويصوم القاتل ـ خطأ ـ ستين يوماً إذا لم يستطع عتق الرقبة، وكذا في الظهار.

وأخـــيـــراً:

هذه لمحات عامة عن نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية الذي قدمناه في إطار المؤيدات الشرعية لحماية الحقوق والأموال والأنفس والنظام والأمن،

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٣، المغني ٨/٣٧٩.

(٢) المرحوم عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٤.

ولتأمين تطبيق الأحكام الشرعية التي جاءت لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، لأن العقوبة في ذاتها أذى ينزل بالجاني، وليست مقصودة بذاتها، وإنما هي وسيلة لغيرها أو حماية للأحكام الأصلية، وتأييد لكفالة تطبيقها.

ومن هذه النبذة المختصرة يتبين لنا عظمة الشريعة الإسلامية، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ونجاحها العظيم في بلوغ الأهداف الحقيقية للعقوبة، ومدى حاجة المسلمين والبشرية اليوم إلى نظام الإسلام.

وإن هذه اللمحات في نظام العقوبات مجرد أضواء على سياسة التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، وإن الحديث عن فلسفة العقوبة طويل وممتع، لا مجال للتعرض إليه في هذا المدخل، ويمكن للطالب أن يتوسع به في كتب الفقه العامة، والموسوعات الضخمة، وخاصة في كتاب المرحوم عبد القادر عودة «التشريع الجنائي الإسلامي» مجلدين، وكتابي الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة «فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي» «الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي».

ونكتفي بهذا المقدار لننتقل إلى الصورة الثانية من المؤيدات الشرعية، وهي المؤيدات المدنية.

* * *



الفصل الثاني
في المؤيدات المدنية

المؤيد المدني:

إن الشارع الحكيم نظم العلاقات بين الناس، وشرع العقود التي تحقق مصالحهم، وبيّن النتائج والآثار التي تترتب على العقود وبقية التصرفات الصادرة عن الإنسان.

وهذا التنظيم المدني لعلاقات الناس المالية يقوم على أركان وشروط وأسس بينّها الشارع، ووضع لها صفات معينة، وطلب من الناس الالتزام بها، والسير على منوالها، والتقيد بحدودها وصفاتها، فإن قام الفرد بها تحققت النتائج والآثار التي رتبها الشارع، وإن حاد عن الطريق الشرعي اضطربت النتائج والآثار بحسب مقدار الحيدان والانحراف، فإن كان الاضطراب والمخالفة في جوهر التصرف حجب الشارع الآثار نهائياً، واعتبر التصرف لاغياً وباطلاً ولا قيمة له، وإن كان الانحراف في صفة أقل منه سلب الشارع من الآثار بمقدار هذه الصفة والمخالفة، ولا تحصل الفوائد الشرعية الكاملة المترتبة على التصرف[1].

وهذا السلب الكلي أو الجزئي لآثار التصرف بسبب الخلل في أركانه وشروطه وصفاته هو المؤيد المدني للأحكام الشرعية المدنية، وذلك بأن يسلب الشارع النتائج والآثار عن التصرف، ويسلخ عنه الاعتبار الشرعي، ويبقى تصرفاً عادياً حسياً لا قيمة له في نظر الشارع، ولا اعتراف به، والتصرف قسمان: إرادي، وغير إرادي، وينحصر بحثنا في التصرف الإرادي.

---

(١) الموافقات: ١/١٩٨.

والتصرف: هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية، وهو نوعان فعلي وقولي، وكل نوع تحته فروع، مثل إحراز المباحات والغصب والإتلاف واستلام المبيع وقبض الدين والعقد والوقف والطلاق والإبراء والدعوى والإقرار والإنكار والحلف[1].

ونتخذ العقد مثالاً وأنموذجاً لدراسة المؤيدات المدنية باعتباره أهم تصرف مدني، وأكثر التصرفات تطبيقاً وتداولاً، وما ينطبق على العقد ينطبق غالباً على غيره، من انعقاد واعتبار شرعي وآثار ونتائج، وتجرد عن الآثار من بطلان وفساد وغيرها.

مقومات العقد وشروطه:

عرفت مجلة الأحكام العدلية (م/١٠٣ ـ ١٠٤) العقد بأنه:

«ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله».

ومن هذا التعريف يظهر أن العقد له أركان يعتمد عليها، ومقومات يقوم بها[2]، وهي:

١ ـ العاقدان

٢ ـ محل العقد

٣ ـ موضوع العقد أو حكمه وأثره

٤ ـ البدل

٥ ـ الصيغة.

والشارع وضع لهذه المقومات شروطاً معينة لاعتبارها وسلامتها وانعقادها، فبعض الشروط عامة في كل العقود، كشرط الأهلية في العاقد، وتعدد العاقدين، وقابلية المحل للعقد، والولاية الشرعية، وتوافق الإيجاب والقبول، وكون العقد مفيداً، وأن يكون المحل معيناً وصالحاً للتعامل، واتحاد المجلس، وألا يكون

---

(١) انظر تفصيل ذلك في نظرية العقد في الجزء الأول من المدخل الفقهي العام: ص ٢٧١ وما بعدها، المدخل للفقه الإسلامي، الأستاذ محمد سلام مدكور ص ٥٠٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ١/٢٩٧ وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٢٥.

العقد ممنوعاً بنص شرعي، وبعضها شروط خاصة في عقود دون أخرى كاشتراط الشهود في عقد النكاح، وعدم التعليق فـي عقود المعاوضات والتمليكات، والقبض في عقود التبرعات، والأجل في السلم والإجارة، وغيرها من الشروط الكثيرة والمتنوعة لكل عقد من العقود[1].

وهذه المقدمات والشروط وضعها الشارع في تصرفات الأفراد لتصبح تصرفات شرعية، يقر وجودها، ويعترف بأحكامها، ويرتب عليها آثارها التي تتوقف على ورود الشرع، والهدف منها تأمين منافع الناس وتحقيق مصالح الأطراف، وإقامة العدالة بينهم، وتأمين الاستفادة ـ حقيقة وعملياً ـ من آثار العقد ونتائجه التي شرع العقد من أجلهـا، كنقل الملكيـة وتملك المنافـع وحل الاستمتاع وغيرها، فإن تخلف عنصر من المقومات وشروطها كان العقد غير صحيح، وانهار وجوده، وفقد اعتباره، أما إذا تخلف شرط آخر فقد اختلف الفقهاء في تقييم العقد، فذهب الجمهور إلى أن الشروط الضرورية كلها في درجة واحدة، وكلها شروط انعقاد وصحة يتوقف عليها وجود العقد، واعتباره شرعاً، بينما ذهب الحنفية إلى التفريق بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، فإن فقد شرط الانعقاد بطل العقد ولم ينعقد نهائياً، أما إذا فقد شرط الصحة فالعقد منعقد وموجود، ولكنه فاسد ويستحق الفسخ[2].

آثار العقد من صنع الشارع:

إن آثار العقد هي من الأحكام والنتائج التي تترتب على العقد، سواء أكانت آثاراً خاصة بالعقد، أم كانت آثاراً عامة لجميع العقود.

---

(١) المدخل الفقهي العام ١/٣٢٩ وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٢٥، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٥١٢، أصول البيوع الممنوعة، عبد السميع إمام ص ١٤، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف ص ٦٨، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شلبي ص ٣١٤، ٣١٦، الأموال ونظرية العقد، الدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٥٤، ٣٠٥.

(٢) راجع كتاب أصول البيوع الممنوعة ص ١٤ ـ ٣٥، ١٤٣، لمعرفة أركان عقد البيع وشروط كل ركن، ومسالك العلماء فيها.

وإن كل عقد من العقود له موضوع شرع من أجله، وهذا الموضوع هو الغاية والمقصد الذي شرع العقد له، وهذا الموضوع واحد في جميع العقود التي هي من نوع واحد، مثل نقل ملكية المبيع في جميع عقود البيع التي تجرى بين الناس، ولكن الموضوع يختلف باختلاف نوع العقد، فالغاية من عقود البيع تختلف عن الغاية من عقود الإجارة، وتختلف عن الغاية من عقود الرهن، وتختلف عن الغاية من عقود الزواج، وهذا الموضوع هو حكم العقد باصطلاح الفقهاء، أي هو الأثر الذي يترتب على العقد، وما يرافقه من حقوق والتزامات ونتائج وآثار فرعية، ويطلق عليها أحكام العقد.

وإن أحكام العقد وآثاره تترتب على العقد بحكم الشارع ووضعه، وليس بإرادة العاقد[1]، لأن العاقد ينشىء العقد فقط، ولكنه لا ينشىء الآثار، وتنحصر إرادته في تكوين العقد وإيجاده، دون أن تتعدى إلى إعطاء الأحكام وإنشاء الآثار، لأن الأحكام والآثار من عمل الشارع، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء في العقود: «إنها أسباب جَعْلية لا شرعية» أي أن آثار العقد ليست مبنية على الإرادة الحرة للعاقد، بل إن الشارع الحكيم جعل الأحكام والآثار مترتبة على العقود[2].

والحكمة من جعل آثار العقد وأحكامه من قبل الشارع هي إقامة العدالة بين الناس، وتحقيق التوازن بين الأطراف، وصون المعاملات عن الفساد، ومنع الغرر في التعامل، وحسم النزاع والخلاف بين الناس[3].

---

(١) وهذا بخلاف القانون الذي يعتبر أن الإرادة هي المؤثر الأول في آثار العقد، وإيجاد الالتزامات التي تنشأ عنه، بناء على القاعدة المشهورة: «العقد شريعة المتعاقدين»، وانظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢١٦، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ٨٧، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، شعبان ص ١٤، المدخل الفقهي العام، الزرقا ٤١٣/١.

(٢) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢١٦ ـ ٢١٧.

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٢١٩ ـ ٢٢٠، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٧، وانظر بحثا طريفاً عن الأسباب والمسببات في كتاب الموافقات، للشاطبي ١٢٦/١ وما بعدها، ١٤٣ وما بعدها.

فالآثار من وضع الشارع، ولكنه جعل العقد سبباً وطريقاً لإثبات الآثار والأحكام، وذلك بأمرين:

١ - **الإذن من الشارع بجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها** من شخص إلى آخر، بقوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الذينَ آمَنُوا لا تأكلُوا أموالَكُم بيْنَكم بالبَاطِلِ، إلا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منْكم﴾ (سورة النساء) الآية: ٢٩.

٢ - **إن الشارع الحكيم جعل لكل عقد شرعي أثراً يثبت له**، فإذا قامت أركانه، وتوفرت شروطه ثبت حكمه، سواء رضي به العاقد أم لم يرض، ولا يمكنه التهرب منه، أو التخلص من نتائجه بعد أن صدر منه الإيجاب والقبول، كما إذا أدى المكلف فعلاً من الأفعال ترتب الأثر الذي وضعه الشارع له، كسقوط الواجب، وإبراء الذمة في العبادات، وتحقيق الآثار في المعاملات، ومتى أتى المكلف بالسبب الشرعي فلا يملك ألا يقع المسبب، ولو قصد ذلك كان قصده باطلاً.

وإن جعل العقود رضائية واختيارية لا يستلزم أن يكون للعاقد حرية اختيار الآثار والأحكام، لأن الرضا والاختيار ينحصر في إيقاع الأسباب، وإنشاء العقود، أو عدم إيقاعها، وعدم إنشائها، أما الآثار والأحكام التي تنشأ عن العقد بعد وقوعه فتترتبُ من الشارع وحده.

مؤيدات العقد:

إن اعتبار آثار العقد من صنع الشارع هو المنطلق في المؤيدات المدنية، وذلك أن الشارع أقام مؤيداً لحماية التنظيم الشرعي الذي وضعه للعقد، وبما أن العقد يتمتع بالصفة المدنية أو المالية، فكان المؤيد له مؤيداً مدنياً أو مالياً، لأن الجزاء من جنس العمل، فإذا خالف الشخص أحد الأحكام الشرعية في التعاقد، فالمؤيد لحمايتها، والحفاظ عليها، وعدم الخروج عنها، ووجوب الالتزام بها، هو عدم ترتيب الآثار والنتائج التي وضعها الشارع للعقد الصحيح على هذا العقد المخالف، فعلى الرغم من وجود التصرف وجوداً مادياً، وصدوره في الواقع، فلا يترتب أثره عليه، لعدم اعتبار الشارع لهذا التصرف، وعدم الاعتراف فيه أو

الاعتداد به، وذلك بسبب الخلل الذي وقع في التصرف، أو المخالفة لنظام الشارع في العقد.

أنواع العقد:

ينقسم العقد باعتبار إقرار الشارع له وترتب آثاره عليه إلى عقد صحيح، وعقد غير صحيح، فالعقد الصحيح هو الذي توفرت أركانه وشروطه، وسلم من الخلل، وجاء متفقاً مع نظامه الشرعي، وأصبح صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه، والعقد غير الصحيح هو الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه، أو ورد في الشرع نهي عنه، أو جاء مخالفاً لنظامه الشرعي عن قصد أو بدون قصد، فلا يصلح لترتب الآثار الشرعية عليه[1].

ويتدرج العقد من حيث الصحة وعدم الصحة إلى عدة أنواع، أعلاها العقد النافذ اللازم، وأدناها العقد الباطل. فالعقد الصحيح إما أن يكون نافذاً أو لازماً، وإما أن يكون نافذاً ولكنه غير لازم، وإما أن يكون غير نافذ وهو الموقوف، أما العقد غير الصحيح فقد اختلف العلماء في أنواعه، وهل تعتبر في درجة واحدة، ولها حكم واحد؟ أم أنها على درجات متفاوتة، ومراتب مختلفة؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها درجة واحدة، وتسمى العقود الباطلة أو الفاسدة، والفاسد والباطل بمعنى واحد، وذهب الحنفية إلى أنها درجتان ونوعان بحسب تنوع موضع الخلل فيه، فإن كان في ركن من أركانه كان باطلاً، وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسداً[1]، وعلى هذا الرأي فالعقد على خمسة أنواع هي:

---

(١) المستصفى ١/٩٥، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٦٠٠.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني ٣٢٢٣/٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ٣٣٧، المستصفى ٩٥/١، المدخل الفقهي العام ٦١١/٢، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٢٤/٤، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩١، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة: ٣٥٥، المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي، شلبي ص ٤٢٩، ٤٣٦، ٤٤٢، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٦٠٣.

١ ـ **العقد اللازم النافذ**، وهو عقد صحيح، ويلزم به الطرفان، وينفذ فور انعقاده.

٢ ـ **العقد غير اللازم**، وهو عقد منعقد صحيح، ولكن يمكن لكل من المتعاقدين أو لأحدهما أن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة، ويفسخه وينهي آثاره.

٣ ـ **العقد غير النافذ**، وهو العقد الموقوف، الذي تمتنع آثاره عن النفاذ بسبب الإكراه وتعلق حق الغير به(١).

٤ ـ **العقد الفاسد**: وهو عقد منعقد، ولكنه غير صحيح لوقوع الخلل والمخالفة في وصف من الأوصاف المقررة في العقد، فهو مشروع الأصل دون الوصف.

٥ ـ **العقد الباطل**: وهو عقد غير منعقد، لوقوع الخلل في ركن من أركانه، فلا يعتبر مشروعاً بأصله ولا بوصفه.

أنواع المؤيدات المدنية:

يظهر من تقسيم العقد السابق أن إلغاء العقد الذي يرتبه الشارع للتصرف المخالف يتناسب مع نوع المخالفة(٢).

فإن كانت المخالفة كبيرة، أو واقعة في ناحية أساسية في نظر الشارع، أو كان الخلل في ركن من الأركان، فيكون الإلغاء كليا، ويكون التصرف باطلاً، ويسمى المؤيد بطلاناً، وهو ما سندرسه في **نظرية البطلان**.

وإن كانت المخالفة صغيرة، أو واقعة في ناحية فرعية، فيكون الإلغاء جزئياً، ويكون التصرف فاسداً، ويسمى المؤيد **فساداً**(٣).

---

(١) انظر أحكام عقد الفضولي في المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٦٣٨.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٤٨.

(٣) هذا المؤيد بالفساد في نظر الحنفية فقط، بينما يرى الجمهور أن الفساد والبطلان بمعنى واحد، وأن المؤيد للمخالفة الأساسية والفرعية هي البطلان، انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٢٦، الموافقات ٢/١٩٨، الفروق، للقرافي ٢ص ٨٢، أصول البيوع الممنوعة ص ٢٨.

وإن كانت المخالفة بسيطة، ولم تؤثر على صحة العقد وانعقاده، بأن تفقد الولاية على محل العقد، أو الولاية على نوع التصرف، فتتوقف نتائج التصرف على موافقة صاحب الولاية، فإن أجازه نفذ، وإن منعه بطل، ويسمى المؤيد هنا توقفاً، ويكون التصرف موقوفاً، كبيع الفضولي، وبيع الصغير المميز، وبيع المكره في رأي بعض الفقهاء[1].

وإن كانت المخالفة بعدم تحقيق التوازن بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، فيعطى المتضرر حق الخيار في فسخ العقد إن شاء، ويسمى هذا المؤيد تخييراً، ويسمى العقد غير لازم.

وبذلك يكون المؤيد المدني للعقد على أربعة مراتب وهي البطلان، والفساد، والتوقف، والتخيير، وبما أن التوقف يدخل في العقد الصحيح غير النافذ[2]، وأن التخيير يدخل في العقد الصحيح غير اللازم[3]. وهما من أنواع العقد الصحيح الذي يبحث في نظرية العقود من جهة، وفي دراسة الخيارات في الفقه من جهة أخرى، فإننا نخصص هذا الفصل في المؤيدات المدنية في نظرية البطلان ونظرية الفساد، وذلك في مبحثين.

---

(١) اختلف العلماء في مرتبة العقد الموقوف، فيرى أكثر الحنفية أنه من أنواع العقد الصحيح، بينما يرى بعض الحنفية بأنه مرتبة بين الباطل والفاسد، وليس من مراتب الصحيح، ويرى بعض الفقهاء أن الموقوف من البيوع الباطلة، وأن الأمثلة السابقة في الأعلى باطلة ولا يترتب عليها أثر من آثار العقد الصحيح، (نظرية العقد الموقوف ص ٥٠ وما بعدها).

(٢) يرى الشافعية أن العقد الموقوف باطل، انظر مزيدا من التفصيل والايضاح عن العقد غير النافذ في رسالة الدكتوراه: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق حسن فرج، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٢٨/٤، ١٧٨، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٦٠٣.

(٣) ويبحثه العلماء في الخيارات وعيوب الإرادة، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٩٧/٢، ١٩٨/٤.

المبحث الأول

في نظرية البطلان

تعريف البطلان:

البطلان لغة: من بطل الشيء إذا فسد وسقط حكمه، ويتعدى بالهمزة، فيقال: أبطله، وبطل: ذهب ضياعاً وخسراناً[1].

والبطلان في اصطلاح الفقهاء مختلف فيه بين موسع ومضيق، فيقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: كل ما ليس بصحيح فهو باطل، وهذا يشمل الباطل عند الحنفية والفاسد أيضاً[2]. بينما ذهب الحنفية إلى أن البطلان هو كون الفعل بحيث لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلاً، ويسمى الفعل باطلاً، وهو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، وعرفه الأستاذ الزرقا بأنه:

«تجرد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشارع»[3]

فالبطلان إذاً هو فساد الأمر أو العمل الذي نظمه الشارع، وعدم حصول آثاره المقررة له شرعاً بين الناس، وأن العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، وليس له وجود شرعي، فهو عدم، مثل بيع الميتة والخمر والخنزير،

---

(١) المصباح المنير ١/٧٢، القاموس المحيط ٣/٣٣٥.

(٢) عرف الشاطبي البطلان بقوله: أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا، الموافقات ١/١٩٨، وهذا البطلان في المعاملات التي يظهر أثرها في الدنيا، أما في العبادات فلا يترتب على بطلانها آثار العبادة في الآخرة، من براءة الذمة من التكليف والحصول على الثواب والأجر.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٦٥١.

وبيع الدم، وبيع الحر، وبيع السمك في البحر، والطير في الهواء، والبيع الصادر من الصغير غير المميز، أو من المجنون[1].

سبب البطلان:

السبب في بطلان العقد هو مخالفته للأحكام الشرعية المقررة في نظام العقد في ناحية جوهرية فيه.

يقول الكاساني: «وأما البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرها. . . ثم يقول: ولا حكم لهذا البيع أصلا، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة»[2].

والحكمة في بطلان العقد بسبب المخالفة فيه أمران:

١ ـ أن أحكام العقد وضعها الشارع ليسير الناس عليها، ويلتزموا بها، فإن فعلوا ذلك ترتبت الآثار الشرعية على العقد، وإن خالفوها حجب الشارع الآثار عن العقد، وجعله فاقداً لقوته، وحكم عليه بالموت لمخالفته قصد الشارع فيها.

٢ ـ أن الأحكام التنظيمية ليست كلها في مستوى واحد، ولكن بعضها رئيسي وهام ويدخل في جوهر العقد، وبعضها الآخر ثانوي، ولا يدخل في جوهر العقد، فإن كانت المخالفة في الأمور الجوهرية بطل العقد، أما إذا كانت المخالفة في أمور ثانوية فلا يبطل العقد عند الحنفية، وإنما يعتبر فاسدا كما سنرى، ويرى الجمهور أن الفساد والبطلان بمعنى واحد، وأن سببه مخالفة نظام العقد ووقوع الخلل فيه[3].

---

(١) انظر تعريف البطلان وأحكامه وأمثلته في رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين ٥/ ٥٠، فتح القدير ٥/ ١٨٤، بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٩١، الفقه الإسلامي ١/ ٢٠٥.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٩١.

(٣) الموافقات، الشاطبي ١/ ١٩٨، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٨٦، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٨، المدخل إلى مذهب أحمد ص ٦٩، المسودة، ابن تيمية ص ٨٠، أصول البيوع الممنوعة ص ١٦ وما بعدها، المستصفى ١/ ٩٥.

وباختصار فإن سبب البطلان يتحدد في الخلل الواقع على أحد مقومات العقد أو أحد شرائطه التي يطلق عليها الفقهاء اسم شرائط الانعقاد، ولهذا عرف فقهاء الحنفية الباطل بأنه: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه[1].

وهنا يخطر سؤال: هل يمكن أن يصحح العقد في جزء منه، ويبدل في جزء آخر؟ والجواب عنه يدخل تحت عنوان تفريق الصفقة أو تجزؤ البطلان.

تجزؤ البطلان:

يشمل هذا الموضوع حالتين:

الأولى: حالة وجود عقدين في صيغة واحدة، وهذا منهي عنه شرعاً، لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيعتين في بيعة[2].

الثانية: حالة وجود عقد واحد في صيغة واحدة، ولكن حصلت مخالفة في ناحية منه، أو وقع خلل في جزء من العقد، فهل يصح العقد في بقية العقد، ويكون العقد الواحد بعضه باطل وبعضه صحيح، فينحصر الإلغاء في جزء، ويبقى الاعتبار الشرعي والوجود الرسمي في جزء آخر، ويطلق عليه الفقهاء اسم: تفريق الصفقة، ويطلق عليه شراح القانون: انتقاص العقد[3].

يرى المالكية في الراجح عندهم والشافعية في قول وزفر من الحنفية أنه لا يجوز تجزؤ البطلان، لأن العقد وقع على المجموع، والمجموع لا يتجزأ[4].

ويرى الشافعية في الراجح عندهم وأحمد والمالكية في قول والصاحبان بتفريق الصفقة وتجزؤ البطلان، فيصح في جانب، ويبطل في آخر، كما إذا باع

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، فتح القدير ٥/١٨٥ ـ ٢٠٥، رد المحتار ٥/٥٠.

(٢) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، نيل الأوطار ٥/١٧١.

(٣) المبدأ القانوني أن العقد ينتقص (يتجزأ) إلا إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للأبطال، انظر: مصادر الحق ٤/١٤٢.

(٤) يفرق الحنفية والمالكية في تفريق الصفقة بين عقد يشمل الصحيح والموقوف ففيه قولان، وبين عقد يشمل الصحيح والباطل فالراجح عندهما عدم التجزؤ، وفي قول عندهما يتجزأ، انظر: مصادر الحق ٤/١٤١ ـ ١٤٣.

إنسان ماله ومالاً موقوفاً في صفقة واحدة، فيصح العقد بحصته من الثمن، ويبطل في الموقوف، ويقسم الثمن بحسب قيمة كل منهما، ولا يطرح قيمة الموقوف، لأن الثمن غير القيمة، وكذا لو تزوج شخص في عقد واحد بامرأتين، إحداهما تحل له، والأخرى لا تحل له، فيصح النكاح في حق الأولى، ويبطل في حق الأخرى[1] .

والدليل على التجزؤ أن العقد منعقد وصحيح في أحد أجزائه، وقد استوفت فيه الأركان والشروط، وجاء موافقاً للنظام الشرعي في العقد دون خلل فيه أو مخالفة، وأن اقترانه مع جزء آخر باطل في عقد واحد لا يؤثر فيه، لأنه لا علاقة ولا ارتباط بينهما، وإنما لمجرد الجمع بينهما مع استقلال كل منهما عن الآخر.

ويتم تجزؤ البطلان إذا كان الصحيح معينا والباطل معينا، وكل منهما متميز عن الآخر، فإن كان البطلان في جزء غير معين، ولا يمكن تعيينه مطلقاً، أو لا مرجح في تعيين أحدهما، فإن البطلان يعم، كما لو تزوج أختين في عقد واحد فيبطل[2] .

الفرق بين بطلان العقد وإبطال العقد:

إذا كان البطلان يجعل العقد كأن لم يكن، ويفقد التصرف آثاره الشرعية، فما هو الفرق بينه وبين إبطال العقد بالفسخ والانفساخ؟

للجواب عن هذا السؤال نبين بشكل مختصر كيفية الإبطال وحالاته وأسبابه، فنقول: إذا تم العقد بشكل صحيح ثم طرأ عليه خلل يؤثر فيه فيجب إبطاله، ويفرق فيه بين حالتين:

الأولى: فسخ العقد: وذلك إذا كان الإبطال بتراضي الطرفين، وباتفاق الإرادتين، بأن يفسخا العقد، وينهيا أثره، ويبطلا حكمه، ويعرف هذا بالاصطلاح الفقهي بالإقالة، ويشترط في الإقالة شروط انعقاد العقد، وتترتب عليها آثار شرعية تعرف في كتب الفقه.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٦٠.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٦١.

الثانية: انفساخ العقد: وذلك إذا سبب الإبطال لخلل طارىء على العقد، وخارج عن الإرادة، كما إذا استحال تنفيذ العقد لهلاك المحل قبل التسليم، أو إذا مات العاقد في بعض العقود التي يعتمد في بقائها على بقاء شخصية العاقد كالإجارة عند الحنفية، والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة عند جميع الفقهاء.

وينتج عن الفسخ والانفساخ إبطال العقد، واعادة المتعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد، فإن تعذرت النتيجة الكاملة فيبطل العقد وينتقص في الجزء الباقي منه، وتتجمد آثار العقد، فإن زال بشكل إرادي فهو فسخ، وإن زال بسبب طارىء غير إرادي فهو انفساخ[1]، فما هو الفرق بين إبطال العقد وبين بطلانه كمؤيد مدني؟

يظهر الفرق بين الانفساخ بشكل خاص وبين البطلان بما يلي:

١ - **إن سبب البطلان مصاحب ومقارن لإنشاء العقد**، بأن يوجد في أركان العقد ومقوماته أو في شروط انعقاده خلل أو مخالفة لنظامه الشرعي، أما سبب الانفساخ فهو طارىء بعد إتمام العقد ووجوده، وأحياناً بعد البدء في تنفيذه، فالعقد في الحالة الأولى لم يوجد أصلاً، ولم تكتمل شروط وجوده، ولم يتكون ولم يظهر للوجود، وليس له اعتبار في نظر الشارع على الرغم من وجوده حساً، كالولد الذي يولد ميتاً، ولم تثبت له الحياة، أما في الحالة الثانية فقد توفرت فيه المقومات، وتم ظهوره ووجوده حساً واعتباراً في نظر الشارع، ثم طرأ عليه ما يبطله ويزيله، كالولد الذي يولد حياً ثم يموت بعد ولادته.

٢ - **العقد الباطل معدوم من أساسه**، وبالتالي فلا تترتب عليه آثار أصلا، أما في حالة الانفساخ، فالعقد منعقد، وبعد الانفساخ إما أن تبطل الآثار وتزول بأثر رجعي، مثل انفساخ البيع لهلاك المبيع، وإما أن تزول الآثار اعتباراً من

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٢٣٥، ٣٣٩٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٨، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٣٠، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/٩٦، وانظر الفرق بين قاعدة الفسخ والانفساخ: الفروق ٣/٢٦٩ الفرق ١٩٥.

وقت الانفساخ، إذا كان العقد قد نفذ ولا يمكن إعادته، مثل فسخ الإجارة لهدم البناء أو لوفاة أحد العاقدين فتنتهي آثار العقد من تاريخ الهدم والموت، ويصور لهذا الفرق بأن البطلان كالجنين الذي سقط ميتاً فلا يثبت له حق في الميراث وغيره، وأن الإبطال والانفساخ كالجنين الذي ولد حياً، فتثبت له جميع صفات الحياة وحقوق الإنسان ثم مات بعد ذلك[1].

نتائج البطلان:

ينتج عن البطلان نتيجة أساسية هامة، ويتفرع عنها نتائج فرعية، ولكن لكل قاعدة استثناء، ولذلك فإنه يترتب على العقد الباطل بعض الآثار استثناء، وإليك التفصيل:

أولاً ـ نتيجة البطلان الأساسية:

ينتج عن البطلان عدم ترتب الأثر المقرر شرعا للتصرف، فلا يترتب على العقد موضوعه الذي شرع من أجله، ولا ينتج عنه أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح الذي توفرت أركانه ومقوماته وشروطه[2]، فلا تنتقل الملكية في المبيع، ولا يملك المشتري المبيع ولو قبضه من البائع، ولا تحل المرأة للرجل في العقد الباطل، ولا يملك المنفعة في العين المستأجرة...[3].

وهذه النتيجة بعدم ترتب آثار العقد، وسلب نتائجه وفقدان قيمته واعتباره في نظر الشارع، على الرغم من وجوده الحسي، هو المؤيد المدني للحفاظ على نظام العقد، والتقيد بالأحكام الشرعية، والالتزام بالحدود والقيود التي وضعها الشارع له، لأن الإنسان الذي يعلم أنه لن يحصل على آثار العقد، ولا يجني ثماره إذا خالف أحكامه، فإنه يتجنب المخالفة، ويسير على الصراط

(١) المدخل الفقهي العام ١/٦٦٢.

(٢) إن حكم البطلان في العبادات هو عدم سقوطها عن المكلف، وعدم براءة ذمته منها، وعدم ترتب الأجر والثواب على الفعل، مع وجوب الإعادة، انظر: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٣٧٥.

(٣) انظر الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، بدائع الصنائع ٧/٣٣٩١، فتح القدير ٥/١٨٧، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٣٦٠.

المستقيم الذي رسمه رب العالمين، حتى لا تكون أعماله وتصرفاته معرضة للهدم والإهدار، وتكون عبثا لا قيمة لها.

يقول الكاساني: «ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلا، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة»[1].

ثانياً - النتائج الاستثنائية:

ينتج عن العقد الباطل بعض النتائج والآثار، وهذه الآثار تتصف بثلاث صفات وهي:

١ - إنها آثار استثنائية، وليست أساسية؛

٢ - وهي نتائج فرعية للعقد، وليست أصلية[2]؛

٣ - وهي لا تنتج عن ذات العقد، وإنما عن أمر آخر اقترن بالعقد، أو صاحبه، أو حصل بعده، كواقعة مادية حدثت بعد العقد، وهذه الواقعة المادية تمت، ولا يمكن رفعها أو إنكارها، وهي موجودة فعلاً، مادةً وحساً، أما الوجود الاعتباري أو الشرعي فإنه لم يوجد أصلاً، والأمثال توضح ذلك.

١ - عقد النكاح الباطل:

كالزواج بالمحارم، والعقد بقول الفتاة البكر، والزواج بدون شهود، وغيرها من أنواع النكاح الباطل الذي ليس له وجود شرعي، ولا يترتب عليه حكم النكاح وأثره من حل الاستمتاع ووجوب المهر، ولكن إذا أعقبه دخول فيكون له وجود فعلي، وتترتب عليه بعض الآثار استثناء، لاعتبارات خاصة تتعلق بالنسب والعرض والحد وغيرها، فيدرأ الحد عنهما، وإذا حملت المرأة وجاءت بولد ثبت نسبه من الأب، ووجب المهر للمرأة، ووجب عليها العدة، ومتى علم به القاضي حكم ببطلان النكاح، وأوجب التفريق بينهما، وأنه لا يحل له الاستمتاع، وهذه الآثار من ثبوت النسب والمهر والعدة آثار استثنائية وفرعية ونتجت عن الدخول الذي أعقب العقد الباطل، أما إذا لم يقترن الدخول بالعقد

(١) بدائع الصنائع، له ٣٣٩١/٧، وانظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٣٣/٤.

(٢) يعبر الكاساني رحمه الله كثيراً عن ذلك فيقول: «والحكم الأصلي كذا، وأما حكم التوابع فكذا» بدائع الصنائع ٣٢٢٣/٧.

الباطل فيحكم القاضي بالبطلان والتفريق، ولا يثبت للمرأة مهر، ولا يجب عليها عدة[1].

يقول الكاساني: «وأما النكاح الفاسد[2] فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فتتعلق به أحكام منها: ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة، ومنها وجوب المهر»[3].

٢ ـ البيع الباطل:

إذا قبض المشتري المبيع في العقد الباطل فيكون مضموناً في يده، كالرهن عند الحنفية، والعارية عند الشافعية والحنابلة[4]، فإذا تلف المبيع أو هلك في يد المشتري فيكون مضموناً عليه بالمثل إن كان مثلياً، أو بالقيمة، إذا كان قيمياً، لأنه قبضه على سبيل المعاوضة بدفع الثمن، وقد قبضه بقصد تحقيق مصلحة له، فيكون مضموناً كالمقبوض على سوم الشراء[5]، وهذا هو الراجح عند الحنفية والأئمة الثلاثة[6].

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، بدائع الصنائع ١٥٥٣/٣، المدخل الفقهي العام ٦٦٤/٢، رد المحتار، ابن عابدين ١٣١/٣، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٣٨/٤، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٣٦١.

(٢) عقد النكاح الفاسد له حكم عقد النكاح الباطل، لأن الفاسد والباطل في النكاح والعبادات بمعنى واحد عند الحنفية، وعند غيرهم، انظر المراجع السابقة، أصول السرخسي ٨٩/١.

(٣) بدائع الصنائع ١٥٥٣/٣.

(٤) انظر اختلاف الفقهاء في ضمان العارية في كتاب الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وهبة الزحيلي ٦٤/٢، وانظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٤، ٣٣٧، فتح القدير ١٨٧/٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٣٥/٤، بدائع الصنائع ٣٣٩٣/٧.

(٥) عرف الكمال بن الهمام المقبوض على سوم الشراء بقوله: هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع، كأن يقول: اذهب بهذا، فان رضيته اشتَرِهِ بعشرة، . . . ثم بين حكمه فيقول: فإن هلك ضمن قيمته، فتح القدير، له ١٨٧/٥، وانظر: رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين ٥٧٣/٤.

(٦) حاشية الدسوقي ٧٥/٣، فتح القدير ١٨٧/٥، بدائع الصنائع ٣٣٩٣/٧، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٣٦/٤، المدخل الفقهي العام ٦٦٥/٢ وما بعدها.

ويرى بعض الحنفية أن المبيع في العقد الباطل يكون أمانة في يد المشتري، فلا يضمنه إلا في حالات التعدي أو التقصير كالوديعة، لأن العقد باطل فلا يترتب عليه حكمه وأثره، وبقي استلام المبيع بإذن المالك فلا يجب الضمان على المشتري بسببه، لأنه وضع يده على المبيع بإذن البائع، ويكون في يده أمانة، فإذا هلك كان الهلاك على البائع، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية[1].

٣ ـ **رد المبيع والثمن**: ويتفرع عن الحكم السابق وجوب رد المبيع إلى البائع، وهذا التزام على العاقدين، وهو يتفرع عن القبض اللاحق للعقد الباطل، لأن كلا من المتعاقدين لا يملك أن يجبر الآخر على تنفيذ العقد، فإن نفذه أحد العاقدين باختياره، سواء كان يعلم بطلان العقد أم لا، كان له أن يسترد ما سلمه سابقاً، لأن التسليم كان بناء على العقد، والعقد باطل، وكل ما بني على الباطل فهو باطل، فالتنفيذ أو التسليم كان باطلا، والباطل يجب هدمه وإعادة ما بني عليه إلى حالته السابقة[2].

٤ ـ **انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توفرت في العقد الباطل أركان وشروط العقد الآخر**، كعقد البيع الذي ينفي فيه العاقدان الثمن صراحة، فينقلب البيع إلى عقد هبة، لأنه تمليك بلا ثمن، ومثل عقد الإجارة الذي يتم بين المتعاقدين مع نفي الأجرة، فينقلب إعارة، لأن العاقدين صرحا بنفي الثمن والأجرة فيكون القصد نفي المعاوضة، ويعتبر الكلام مجازا في الهبة والإعارة، والقاعدة الفقهية تقول: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني». ولأن بطلان عقد البيع أو الإجارة يعني إهدار كلام المتعاقدين، بينما الأصل أن يحمل كلام العاقل على الصحة ما أمكن، فأمكن حمله على المجاز، والقاعدة الفقهية تقول: «إعمال الكلام خيرٌ من إهماله».

وبناء على هذه القواعد صرح الفقهاء بانعقاد البيع بلفظ الهبة المقرون

---

(١) المادة ٣٧٠.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٣٣.

بالثمن، وانعقاد النكاح بلفظ الهبة والصدقة إذا اقترن بالمهر، وانعقاد السلم بلفظ البيع إذا ذكرت فيه شروط السلم[1].

والراجح عند الحنفية عدم انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وذلك لأن الباطل معدوم وميت، والمعدوم لا يكون موجوداً، والميت لا يعود حياً[2].

ثالثا ـ النتائج الفرعية عن البطلان:

يتفرع عن النتيجة الأساسية للبطلان، وهي عدم ترتب الأثر المقرر شرعاً للتصرف، يتفرع عنها عدة نتائج، وهي:

١ ـ إذا بطل الأصل بَطَلَ ما في ضمنه، المادة ٥٢ من المجلة، فكل ما يتضمنه العقد يكون تابعاً له، فإذا بطل الأصل بطل الفرع والتابع، كالشروط في العقد الباطل تكون باطلة تبعاً، فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة التي في ضمنها، ولو أبرأه أو أقر له ضمن عقد باطل بطل الإبراء والإقرار[3].

٢ ـ إذا بطل العقد بطل ما بني عليه، لأن ما بني على الباطل فهو باطل، مثل بطلان التقابض الذي يتم بين الطرفين بعد العقد الباطل، لأن القبض مبني على العقد، فإذا بطل العقد بطل ما بني عليه، ولا يعتبر التقابض بيعاً بالتعاطي، لأن قصد الطرفين متجه إلى تنفيذ العقد، وليس إلى إنشاء عقد جديد[4].

٣ ـ العقد الباطل لا يقبل الإجازة: وذلك لأن الإجازة تلحق العقد الصحيح المنعقد، المتوقف على إرادة أحد الأشخاص، كبيع مال الغير، فإنه عقد موقوف على إجازة المالك عند الحنفية، فإن أجازه نفذ، لأنه عقد منعقد وصحيح ولكنه موقوف لحماية حق صاحب الملك، ومثل بيع الصبي المميز،

---

(١) بدائع الصنائع ٣٢٢٦/٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ٦٦٧/٢ وما بعدها.

(٣) المدخل الفقهي العام ٦٦٩/٢، مرآة المجلة ٣٠/١، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٩١.

(٤) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٩١، ٣٣٧، المدخل الفقهي العام ٦٧٠/٢.

فإنه موقوف على إجازة الولي عند الحنفية، لأنه تصرف يحتمل النفع والضرر، فإن أجازه نفذ.

أما العقد الباطل فهو معدوم، ولم ينعقد أصلا، فلا تلحقه الإجازة، مثل بيع الصغير غير المميز، وهبة المميز، وتصرف المجنون، وبيع المميز بغبن فاحش، وغيرها، فإنها تصرفات باطلة غير منعقدة، فلا تقبل الإجازة من الولي أو الوصي، كما لا تقبل الإجازة من الصبي بعد البلوغ، ولا من المجنون بعد الإفاقة[١].

٤ ـ **العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ**، ولا يحتج به أمام القضاء، لأن فسخ العقد وإبطاله يقع على العقد المنعقد الموجود، ويتم بالتراضي أو بالقضاء، وإلا بقي نافذا ساري المفعول، أما العقد الباطل فلا يحتاج إلى فسخ، لأنه غير منعقد وغير موجود، ولكل من العاقدين أن يعتبر العقد باطلا معدوما، ويتصرف بملكه بناء على هذا الاعتبار.

ومثال ذلك البيع الباطل فإنه لا يحتاج إلى فسخ، وللبائع أن يتصرف بالمبيع كما يشاء فإن طالبه المشتري بتسليم المبيع فيرد طلبه وتسقط دعواه، ولا يقبل القاضي احتجاجه بالعقد الباطل، سواء احتج البائع بذلك أم لا، لأن القاضي يقرر بطلان العقد بنفسه ويدفع الاحتجاج به، ومثال عقد الزواج الباطل، فللمرأة أن تتزوج بآخر، فإن طالبها الأول بالمتابعة فتدفع طلبه ويرد القاضي دعواه بسبب بطلان العقد.

ولا يحق لأحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ العقد، أو تسليم المبيع، أو دفع الثمن، ولا يملك أن يحتج به أمام القضاء، ويستطيع كل طرف في العقد الباطل أن يتمسك بالبطلان، ولا يحق للعاقد الآخر أن يحتج عليه بالعقد، وكذلك يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ويمنع تنفيذ العقد الباطل، كالمستأجر يتمسك ببطلان بيع المؤجر للعين المؤجرة، والمرتهن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة، والورثة يتمسكون ببطلان البيع من المورث لوجود المصلحة لهم[٢].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٧٢. مصادر الحق ٤/١٣٥.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٣٥.

وإذا كان العقد الباطل باطلا بذاته، ومنعدما بنفسه فهذا لا يتناقض مع رفع الدعوى لتقرير البطلان، وخاصة إذا تم تنفيذ العقد، أو كان سبب البطلان خافياً أو مشتبها به، أو مختلفا فيه، وعندئذٍ فإن القاضي لا يفسخ العقد، ولا يقرر إبطال العقد كالفسخ، ولكنه يقضي بأن العقد قد صدر باطلا، ويطلب إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ويقرر عدم ترتب الآثار عليه نهائياً[1].

٥ ـ **البطلان لا يسري عليه حكم التقادم**: التقادم هو مرور الزمن، بانقضاء فترة معينة على حق لسقوطه، أو لاعتبار الزمن سبباً لكسب الحق، وبما أن العقد الباطل معدوم فلا يعتبر التقادم سببا لمشروعيته، وكسب الحق وطلب التنفيذ على محل العقد، فإذا مر عشر سنوات مثلا على عقد باطل، فلا ينقلب إلى صحيح، ولا يمكن لأحد العاقدين أن يحتج بالتقادم لتصحيح العقد، ويحق لكل من الطرفين الامتناع عن تنفيذ العقد الباطل، ولو مضت عليه مدة التقادم، لأن الميت لا يعود حياً، بعد مرور الزمان عليه، والمعدوم لا يصير موجوداً بعد مضي العهد[2].

أما إذا نفذ البيع الباطل، وقبض المشترى المبيع، وبقي في يده مدة التقادم، مثل عشر سنوات، أو خمس عشرة سنة، ثم جاء البائع يطلب استرداد المبيع لبطلان البيع فيرد طلبه، ويبقى المبيع في يد المشتري استثناء، كما سبق في النتائج الاستثنائية، وذلك بسبب القبض ومضي الزمن عليه، ولأن البطلان لا يحتج به أمام القضاء، ولا يحتاج إلى رفع دعوى، أما حق الاسترداد فيحتاج إلى رفع دعوى، ولو كان نتيجة لعقد باطل.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٧٥.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٧٦ وما بعدها.

المبحث الثاني

في نظرية الفساد

عود على بدء:

ينقسم العقد باعتبار إقرار الشارع له وترتب آثاره عليه إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، والعقد الصحيح هو الذي توفرت أركانه وشروطه، وسلم من الخلل، وجاء متفقاً مع نظامه الشرعي، وأصبح صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه، والعقد غير الصحيح هو الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه، أو ورد من الشارع نهي عنه.

وقد اختلف العلماء في أنواع العقد غير الصحيح، وهل تعتبر في درجة واحدة ولها حكم واحد؟ أم هي على درجات، وتتفاوت أحكامها؟

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العقد له مقومات أساسية، ولكل منها صفات وشروط، فإذا جاء النهي الشرعي على واحد منها، أو أصاب الخلل أحد المقومات أو الشروط أو الصفات فهل يكون التأثير واحداً، أم يتفاوت الحكم والأثر بحسب المحل الذي ورد عليه النهي، أو أصابه الخلل؟

إن الجواب على هذه الأسئلة يعتبر الأساس في وجود نظرية الفساد عند الحنفية[1].

تعريف الفساد:

الفساد لغة: ضد الصلاح، ويقول الراغب الأصفهاني: «الفساد خروج

---

(١) نظرية الفساد محصورة في الفقه الحنفي، أما جمهور الفقهاء فالفساد عندهم بمعنى البطلان، ونظرية الفساد هي بذاتها نظرية البطلان.

الشيء عن الاعتدال، قليلاً كان الخروج عنه أو كثيراً. . . ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة»[1].

والفساد في **الاصطلاح الحنفي** كون الفعل مشروعاً بأصله لا بوصفه، فجعلوا الفساد مباينا للبطلان، وهو كونه غير مشروع بأصله ووصفه. أي أن العقد الذي شرع الله أصله، وحرم وصفا من أوصافه هو العقد الفاسد[2]، ولذلك فلا بد من التمييز بين الأصل والأوصاف للتفريق بين البطلان والفساد.

وأصل العقد هو مقوماته التي أشرنا إليها في مطلع الفصل، ويلحق بها الأوصاف التي تتعلق بالمقومات، وكل ما عدا ذلك مما يلحق بالعقد فهو من الأوصاف، ويرجع أكثرها إلى المحل والثمن[3].

ومشروعية الأصل هي مشروعية مقومات العقد السابقة، وهي العاقدان والمحل والموضوع والصيغة، وهي الشروط التي وضعها الشارع لهذه المقومات، فإن ورد النهي على أحدها كان العقد باطلاً، فلا يفيد أصلا، كالنهي الوارد في المحل وهو المبيع في بيع الملاقيح والمضامين، والنهي عن بيع السمك في الماء والنهي عن بيع الخمر والميتة والخنزير، والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة التي تتعلق بالصيغة وهي الإيجاب والقبول، والنهي عن عقد المجنون لعدم توفر الأهلية في العاقد[4].

أما إذا كانت هذه المقومات وشروطها مشروعة وسليمة، وورد النهي على غيرها كالربا، فإنه بيع أو قرض وزيادة، فالبيع أو القرض مشروع، والزيادة منهي

---

(١) المفردات في غريب القرآن، له ص ٣٧٩، وانظر: القاموس المحيط ١/٣٢٣، المصباح المنير ٢/٦٤٦.

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون ٥/١١١٢، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، فتح القدير ٥/١٨٥.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٦٨٣، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ١٣٢، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٦، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٢٠٣.

(٤) انظر مزيدا من أمثلة العقد الباطل في كتاب فتح القدير ٥/١٨٦ ـ ٢٠٦، الفقه الإسلامي ١/٢٠٥، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٦٠٤.

عنها، أو ليست مشروعة، فيكون العقد فاسداً، لأنه مشروع الأصل لا الوصف[1].

ولكن هذا التعريف السابق يبين سبب الفساد، ولا يكشف عن حقيقته، ولذلك نختار تعريف الأستاذ الزرقا للفساد، وهو:

«اختلال في العقد، المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة، يجعله مستحقاً للفسخ»[2]. ويبين الأستاذ الزرقا ميزات هذا التعريف، وهي:

١ ـ أنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد، ويشير إلى سببه الموجب له، وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية.

٢ ـ أنه يصف تأثير الفساد في العقد بأن يجعله مستحقاً للفسخ والإبطال، فيشير إلى نتيجة الفساد.

٣ ـ أنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد، وذلك من طريق وصفه باستحقاق الفسخ، إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع[3].

ويفهم مما سبق أن العقد غير الصحيح عند الحنفية ينقسم بحسب موضع الخلل الذي وقع فيه إلى قسمين: فاسد وباطل، فإن كان الخلل في ركن من أركانه ومقوماته كان باطلا، وإن كان الخلل أو المخالفة في وصف من أوصافه كان فاسدا، والعقد الفاسد عند الحنفية مرتبة وسطى بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وذلك أن العقد الصحيح تترتب عليه جميع الآثار والنتائج التي وضعها الشارع له، والعقد الباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، أما العقد الفاسد فهو مرتبة وسطى، فتترتب عليه بعض النتائج، وهذا ما يميزه من العقد الباطل[4].

---

(١) انظر عدداً من أمثلة العقد الفاسد في كتاب فتح القدير ١٨٦/٥ ـ ٢٠٥، رد المحتار، ابن عابدين ٤٩/٥.

(٢) المدخل الفقهي العام ٦٩٢/٢.

(٣) المدخل الفقهي العام ٦٩٢/٢ ـ ٦٩٣.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣٧٧/٧، رد المحتار، ابن عابدين ٤٩/٥، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٣٥٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٤٦/٤.

وقال جمهور الفقهاء: إن العقد غير الصحيح قسم واحد، ويسمى فاسداً وباطلاً، بمعنى واحد، ولا يترتب عليه أثر أو نتيجة من نتائج العقد الصحيح، سواء كان الخلل واقعاً في أصل العقد، أو في وصفه وشروطه[1]، والفاسد والباطل مترادفان.

أساس الاختلاف:

يرجع الاختلاف في ظهور مرتبة الفساد عند الحنفية خلافاً للجمهور إلى أمرين: الأول: مقتضى النهي، الثاني: محل النهي[2].

أولا ـ مقتضى النهي:

النهي في اللغة يدل على طلب الكف عن الفعل على وجه الجزم والقطع، ويفيد في الشرع تحريم المنهي عنه، وحكم التحريم أن يمتنع الإنسان عن الفعل ويجتنبه، ويتخلى عن آثاره ونتائجه، مثل قوله ﷺ: «لا تشتروا السَّمك في الماء فإنه غرر»[3]، ونهيه عن المعدوم، والنهي عن بيع الميتة والخمر والخنزير، والنهي عن بيعتين في بيعة[4].

وقد اختلف العلماء في أثر هذا النهي في المعاملات من حيث الصحة والبطلان على قولين:

القول الأول: إن الشارع الحكيم إذا نهى عن تصرف شرعي، ومنع إجازته، فإن وجوده غير معترف به من الشارع مع النهي عنه، فلا يكون موجوداً في نظر الشارع، فهو فاسد وباطل بمعنى واحد، ولا يترتب عليه النتائج والآثار

---

(١) قال ابن حزم الظاهري: «كل ما قلنا أو نقول إنه فاسد فهو منسوخ أبداً، محكوم فيه بحكم الغصب» المحلى، له ٩/١١٠، وانظر: القواعد والفوائد الأصولية، ابن اللحام ص ١١٠.

(٢) راجع: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٣٨٠ وما بعدها.

(٣) رواه الإمام أحمد والبيهقي عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً، (انظر: الفتح الكبير ٢/٣٢٥).

(٤) انظر: أصول البيوع الممنوعة، عبد السميع إمام ص ٣٦ وما بعدها، نيل الأوطار، الشوكاني ٥/١٦٤ وما بعدها.

التي وضعها الشارع للتصرف الموافق لنظامه وشرعه، وهو قول الجمهور[1].

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

١ ـ **إن صدور التصرف من الشخص مع النهي عنه هو عصيان لأمر الشارع**، والعقد المنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام، وبالتالي فلا يعقل أن ينهى الشارع عن شيء ثم يعترف به، ويرتب آثاراً شرعية عليه، مع أن حدوث الفعل يعتبر في نظر الشارع جريمة وعصياناً ومخالفة وإثما.

٢ ـ **إن النهي من الشارع لا يرد إلا لبيان أن التصرف المنهي عنه خرج عن اعتباره وشرعيته**، وهذا حكم من الشارع ببطلان التصرف وعدم ترتب الأثر عليه.

٣ ـ روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**»[2]، فإذا وقع الفعل على الشكل الذي حكم الشارع بمنعه وخالف مقتضى اعتباره فهو مردود، والفعل المردود فعل باطل، لا يعترف الشارع بوجوده، ولا يرتب عليه الآثار والنتائج.

٤ ـ أجمع سلف الأمة على الاستدلال **ببطلان العقود بالنهي عنها**، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا للنهي عنه.

القول الثاني: التمييز في حالات النهي وأنواعه، فإذا ورد النهي على ذات الفعل وحقيقته، بأن يكون الخلل في مقومات العقد (صيغة، أطراف، محل، موضوع) فإنه يقتضي **بطلان العقد**، ولا يكون له وجود شرعي، ولا يترتب عليه أثر من الآثار الشرعية، وإن ورد النهي على وصف ملازم كان باطلا في العبادات والأنكحة للاحتياط فيها، ولا يكون سبباً في بطلان سائر المعاملات، لأن ورود

---

(١) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٣٥٦، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩٦، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ١٣١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٧، أصول البيوع الممنوعة ص ١٤٥، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٦٠٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم، وهذا لفظ مسلم، ورواية البخاري: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» (الفتح الكبير ٣/٢١٣، ١٥٠).

النهي على وصف ملازم للعقد يفيد بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه مشروع وصحيح، وصدر من أهله في محله، فهذا العقد الذي صح أصله وبطل شرطه يسمى فاسداً، وعرفه الفقهاء: بأنه المشروع بأصله لا بوصفه[1]، كالنهي عن الربا، فالربا بيع اقترن به زيادة منفعة، والبيع مشروع الأصل، ويقتصر النهي على الوصف الزائد، فكان عقد الربا فاسداً لا باطلا، ومثل البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع والخلاف، ومثل البيع إذا كان الثمن خمراً، أو بيع الثوب غير المعين، أو كمن باع بقرة على أنها حامل... وغيرها مما سنراه في أسباب الفساد، والعقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل، وهو قول الحنفية[2].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - إن الشارع وضع أسباب الأحكام ليرتب عليها أثرها متى وجدت، بدون نظر إلى حرمتها أو النهي عن بعض أوصافها، لأنه لا منافاة بين حرمة الشيء وترتب أثره عليه، فإذا وجدت حقيقة البيع بوجود الأركان والمحل وجب أن يترتب عليها أثرها، ولو كانت متصفة بوصف منهي عنه، إذا لم يكن مخلاً بركنها أو محلها، بدليل أن الشارع نهى عن الطلاق في الحيض ثم اعتبره معتداً به، فهنا ورد النهي عن الوصف، ومع ذلك ترتب الأثر على السبب، وهو وقوع الطلاق عند الجماهير.

فلا مانع من الجمع بين النهي والوجود، فالوجود لوجود الأركان سالمة، والنهي يقتضي التحريم والإثم ولا يرفع الوجود، لكن يعتبر التصرف مستحقاً للفسخ ووجوب التخلص منه.

وإن التوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات، فكانت محلا للفساد، أما العبادات فإنها قربات خالصة، فلا يقرها الشارع، ولا يعتبر وجودها

---

(١) بدائع الصنائع ٣٣٧٨/٧، الفروق، القرافي ٨٣/٢، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شلبي ص ٤٣٨، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٢، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩٦، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور ص ٦٠٧.

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٧١/٧، رد المحتار، ابن عابدين ٦٠/٥، المدخل، شلبي ص ٤٣٩.

إلا بوجود نية التقرب والطاعة والعبادة، وهذه النية لا تجتمع مع نية العصيان، والإثم، والمخالفة، لأي وصف من الأوصاف كالنهي عن صلاة الحائض[1].

٢ - إن النهي إذا توجه إلى وصف في الشيء كان مقتضياً **بطلان هذا الوصف فقط**، فإذا لم يكن وجود هذا الوصف مخلاً بالأركان والمقومات بقي الأصل موجوداً، وحينئذٍ يثبت لكل منهما مقتضاه، فيثبت الملك بالبيع لوجود حقيقته وأركانه، ويستحق الفسخ نظراً لوجود الوصف المنهي عنه، كما سنرى في آثار الفساد، وهكذا نعطي كلاً منهما حكمه اللائق به، ويمكن الجمع بينهما[2].

ثانياً - محل النهي:

وذلك أن النهي الوارد على الوصف هل يلحق بالنهي الوارد على الأصل والأركان أم لا؟ وبعبارة أخرى: هل النهي الوارد على شرط خارج عن الماهية يساوي النهي الوارد على الركن الداخل في الماهية، من حيث الأثر والنتائج؟

اتفق العلماء - كما سبق - على أن النهي إذا توجه إلى أركان العقد ومقوماته وما يتعلق بوجوده وحقيقته فإنه يقتضي بطلان المنهي عنه، ويكون العقد بمنزلة العدم، فلا ينتج أثره، كالنهي عن بيع النتاج أو الزرع المعين قبل وجوده، ومثل النهي عن بيع الأجنة في بطون أمهاتها، أو النهي عن بيع ماء الفحول في أصلابها[3].

ثم اختلف العلماء في أثر النهي في المعاملات إذا توجه إلى وصف لازم من أوصاف العقد، على قولين، والاختلاف فيه مماثل للاختلاف في الأصل الأول.

قال الجمهور: إن النهي عموماً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً وبالتالي يكون باطلاً وفاسداً، سواء ورد النهي على ذات الأمر وحقيقته وركنه، بأن يكون

---

(١) أصول البيوع الممنوعة ص ١٤٥، الملكية ونظرية العقد ص ٣٥٧.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣٣٧٩، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٩، ١٥٠.

(٣) أصول البيوع الممنوعة ١٤٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٦.

النهي راجعاً إلى أصل العقد من صيغة ومحل وأطراف وموضوع، أم ورد على وصف فيه، بأن يكون النهي راجعاً إلى وصف ملازم له، أو شرط من شروطه، ولذلك قال الجمهور: إن الشروط الضرورية في العقد كلها في درجة واحدة، فكلها شروط صحة، ينبني عليها انعقاد العقد واعتباره شرعاً، ويترتب على فقد أحدهما بطلان العقد، وعدم ترتب الآثار عليه[1] .

فالعقد الذي اختل فيه شرط أو وصف يشبه العقد الذي اختل فيه ركن من الأركان، وبالتالي يتساوى العقدان في البطلان والفساد وبعدم ترتب الآثار الشرعية عليهما، لأن نهي الشارع يجعله غير مشروع، وأن النهي عن الوصف يتعداه إلى الموصوف والمحل فيبطله ويفسده[2]، لأن الشارع إذا طلب العمل ونهى عن أن يكون بوصف خاص، فهذا يدل على أنه قد طلبه خالياً من الوصف المنهي عنه، فإذا وقع متصفاً به لم يكن هو العمل الذي طلبه الشارع، ولا يبني عليه الأثر الذي قصده ورتبه على العقد الصحيح [3].

وقال الجمهور: إنّ المنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل، ومتى اختل الوصف لم يجز أن نعتدَّ بالعقد، وإلا اختلط العقد الفاسد بالعقد الصحيح، وهو ممنوع، ولا يمكن أن نسقط الشرط ونبقي سائر العقد، لأن العاقدين توافقا على العقد جملة واحدة، وتراضيا عليه، فلا بد من إسقاط العقد

---

(١) أصول البيوع الممنوعة ص ٣٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٤٨/٤، وانظر تفريق الحنفية بين النهي عن صفة جوهرية، فيكون العقد فاسداً كالربا، وبين النهي عن صفة عارضة، ويكون حكمها الكراهة فقط كالبيع وقت أذان الجمعة، كما فرق الشافعية بين النهي الوارد على وصف في الشيء، فيكون الحكم باطلاً، كالصلاة بدون طهارة، وبين النهي لأمر خارج عن المحل، ويكون الحكم الصحة مثل الطلاق زمن الحيض، فهو صحيح، وكذا الصلاة في الأوقات المكروهة أو في الأماكن المنهي عنها. (أصول الفقه أبو زهرة ص ٤٣، الإحكام للآمدي ١١٠/١، المستصفى ٨٠/١، المسودة ص ٨٣، أصول الفقه الإسلامي للمؤلف ص ٢٨٤. وسيمر تفصيل ذلك بعد صفحات.

(٢) المدخل للتعريف في الفقه الإسلامي، شلبي ص ٤٢٧، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩٦، المستصفى ٩٥/١.

(٣) أصول البيوع الممنوعة ص ١٤٥.

والشرط معاً، لنهي الشارع عن العقد المقترن بشرط فاسد، فلا ينتج الفاسد أثراً، ويكون باطلاً[1].

وقال الحنفية: إذا ورد نهي الشارع على ذات الأمر وحقيقته فهو باطل، وإن ورد على وصف في التصرف، فالنهي يفيد الفساد، ولذلك عرفوا **الفاسد** بأنه **مشروع بأصله لا بوصفه**، كالنهي عن الربا، فالربا بيع وزيادة منفعة لأحد المتعاقدين، والبيع مشروع، وقد وجدت أركانه وحقيقته، والنهي ورد على الوصف الزائد، فكان البيع فاسداً لا باطلاً.

ويرى الحنفية أن **الشروط الضرورية نوعان**، الأول: **شروط انعقاد** ينبني على وجودها قيام العقد، وترتيب أثره عليه، وينشأ عن فقد شيء منها بطلان العقد وانعدامه، والثاني: **شروط صحة** ينبني على توفرها دوام العقد واستمراره، ومتى وجدت كان العقد صحيحاً، وينشأ عن فقد شيء منها فساد العقد ووجوب نقضه، إن لم يزل ما أوجب الفساد، فالانعقاد يقابله البطلان، والصحة يقابلها الفساد[2].

واستدل الحنفية على مذهبهم بأن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط، أما حقيقته فتبقى موجودة، ويثبت لكل منهما مقتضاه[3].

ووجه التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف أن المنع إذا كان في نفس الماهية وقع الخلل فيها، فلا يكون لها وجود في نظر الشارع، كمنع بيع الخمر والميتة والخنزير ومنع تصرفات فاقد الأهلية، ويكون التصرف باطلاً لعدم تحقق الماهية، أما إذا وجدت الأركان، ووجدت الماهية، صارت معتبرة شرعاً، ولو تعلق النهي بوصف ملازم لها كالثمن في البيع المقترن

---

(١) المدخل، شلبي ص ٤٢٧، المدخل، عيسوي ص ٤٩٦، أصول البيوع الممنوعة ص ١٤٥.

(٢) أصول البيوع الممنوعة ص ٣٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٩، فتح القدير ٥/٢٢٧.

(٣) أصول البيوع الممنوعة ص ١٤٦، الفروق، القرافي ٢/٨٣، المستصفى ١/٩٥.

بالربا، وكالبيع بشرط انتفاع البائع بالمبيع مدة، فتكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة، ولكن الخلل لحق الوصف فينعقد العقد، وينحصر المنع بمقدار الوصف، ويكون العقد موجوداً منعقداً، لكنه يجب فسخه للوصف، فإن زال الوصف زال الخلل.

ويؤيد مذهب الحنفية أن العقل يقضي بوجوب التفريق بين الماهية والحقيقة الناقصة لخلل اقترن بها، وبين الماهية والحقيقة المعدومة التي لم توجد أصلاً، وهذه التفرقة تفرض وجود مرتبة بين الصحة والبطلان، وهي مرتبة الفساد[1].

وهذا الاختلاف في محل النهي يدعونا لبيان مراتب النهي بحسب محله.

مراتب النهي:

إن النهي في نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة إما أن يرد على واقعة مادية، وإما أن يقع على تصرف شرعي، والنهي الواقع على التصرف الشرعي ثلاثة أقسام: إما أن يرد على ركن من الأركان، ويكون الشيء ليس مشروعاً بأصله، وإما أن يرد على وصف وشرط للتصرف، بأن يكون الأصل مشروعاً والنهي ورد على الوصف، وإما أن يرد النهي على أمر خارجي بالنسبة للتصرف بأن يكون مشروعاً بأصله ووصفه، ولكن النهي ورد على شيء خارجي مجاور للمنهي عنه، فالنهي على أربعة مراتب، ويختلف أثره بحسب كل مرتبة[2].

١ ـ **النهي الواقع على الواقعة المادية**، وهي الأمر الحسي الذي لا يتوقف وقوعه ووجوده على وصف شرعي من ركن أو شرط، وإنما ورد النهي بمجرد وجوده الحسي واعتباره الذاتي، كالنهي عن السرقة والزنا وشرب الخمر والضرب والكذب والنميمة والحسد.

فهذا النهي يفيد التحريم، وإن فاعله يستحق العقوبة والإثم كيفما وقع

---

(١) الفروق ٢/٨٣، الملكية ونظرية العقد ص ٣٥٨.

(٢) المدخل، شلبي ص ٤٤١، المدخل، عيسوي ص ٤٩٧، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٢.

المنهي عنه، ومهما كانت صورته وكيفيته، وإن هذا الفعل المنهي عنه لا يتصف بصحة أو فساد، أو بطلان، لأنه محرم في مختلف أنواعه وأشكاله، وإن الشارع لم يضع لهذه الأفعال والوقائع المحرمة نظاماً وشروطاً لينطبق عليها حكم الصحة، لوجود أركانه وشروطه، ثم يسلب منه هذا الوصف ويحكم عليه بالفساد والبطلان عند الخلل والمخالفة.

٢ ـ **النهي الواقع على ركن من أركان التصرف**، فيدل النهي على عدم مشروعية الفعل من أصله، ومتى ورد النهي على ركن العقد فهذا يدل على بطلانه بطلاناً محضاً، ولا يترتب عليه أثر من الآثار لما مرّ في نظرية البطلان، بأن يرد النهي على الإيجاب أو القبول أو المحل أو الموضوع أو أهلية المتعاقدين، كالنهي عن بيع الملاقيح والمضامين، والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة، والنهي عن بيع الميتة والخنزير والخمر، ويكون العقد عليها باطلاً[1].

٣ ـ **النهي الواقع على وصف ملازم للتصرف**، وذلك بأن يكون الفعل مشروعاً بأصله وينصرف النهي إلى وصف قبيح فيه، كالنهي عن الربا، والنهي عن الشرط الفاسد في العقد، والنهي عن جهالة الثمن، والغرر في المبيع، والإكراه في المعاملات، وهذا القسم هو محل الاختلاف بين الحنفية وبين الجمهور، فأعطاه الجمهور حكم الحالة السابقة في البطلان، وقال الحنفية: إن العقد في هذه الحالة مشروع الأصل فلا يبطل، وينحصر النهي في الوصف الذي يطلب الشارع اجتنابه وإزالته والبعد عنه، ويكون العقد فاسداً، يستحق الإبطال والفسخ إلا لمانع، فإن نفذ ترتب عليه الحكم الأصلي للعقد، وإن حصل مانع في الفسخ بقي العقد واستقر اعتباره، وثبت حكمه، خلافاً للعقد الباطل الذي لا يترتب عليه أثر، كما سبق بيانه، لأن الباطل ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه، أما العقد الفاسد فهو مشروع بأصله لا بوصفه.

٤ ـ **النهي الوارد على أمر خارجي بالنسبة للتصرف**، فالمنهي عنه أمر خارجي، ليس شرطاً في العقد، وغير ملازم له، ولكنه مجاور له، كالبيع أثناء صلاة الجمعة لقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا إذَا نُودِيَ للصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ

---

(١) الفروق ٢/٨٣.

الجُمُعَةِ فاسْعَوْا إلى ذكرِ الله، وذَرُوا البَيْعَ، ذلكم خَيْر لكم إنْ كنتُم تَعْلَمون﴾ (سورة الجمعة) الآية ٩.

فبعض الفقهاء، وهم الحنابلة، يرون أن النهي في الآية يفيد عدم مشروعية البيع، ويكون العقد غير صحيح، لظاهر النص.

ويرى جمهور الفقهاء أن مقتضى النهي في الآية الكراهة فقط، وأن العقد صحيح، لتوفر الأركان والشروط، ولكنه مكروه للنهي عنه، والنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر، فالنهي عن البيع وقت صلاة الجمعة ليس لذات العقد، ولا لوصف ملازم له، ولكنه لأمر يصاحبه، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء، وهذا ليس بلازم، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة كالبيع أثناء الذهاب للصلاة، وقد يترك الإجابة من غير اشتغال بالبيع [1].

ومثل ذلك بيع النجش، وهو أن يساوم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها، أمام غيره، متظاهراً بأنه يشتري، لكي يُغَرِّر به، وقد نهى النبي ﷺ عن المناجشة، فالتغرير ليس لازماً لهذه المساومة، فقد يوجد معها، وقد لا يوجد إذا لم يتم الشراء.

ومثله تلقي الركبان، وهو أن يبادر بعض التجار لتلقي الجالبين للتجارة، قبل وصولهم للبلد ومعرفتهم السعر، لشراء ما معهم، ثم يبيعه لأهل البلدة بالكيفية التي يريدها، وبالسعر الذي يحدده، وهذا فيه تغرير بالجالبين، واحتكار ورفع للسعر، وإضرار بأهل البلدة، فنهى رسول الله ﷺ عن تلقي الركبان، فكان البيع مكروهاً.

ومثله النهي عن خِطْبَة الإنسان على خِطْبَة أخيه، وسَوْمه على سَوْم أخيه، إلا أن يأذن له [2].

والحكم في كراهة هذه العقود والتصرفات مع صحتها هو للتمييز بين علة

---

(١) فتح القدير ٥/٢٢٩، المدخل ، عيسوي ص ٤٩٧، المدخل، شلبي ص ٤٤١ مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ١٣٣، المدخل الفقهي العام ٢/٦٨٢.

(٢) انظر تفصيل البيوع المكروه التي لا يحكم بفساد العقد فيها، وإنما يقتصر حكمها على الكراهة في كتاب فتح القدير ٥/٢٣٩، الفروق ٢/٨٤، نيل الأوطار ٥/١٨٥ وما بعدها.

النهي أو هدفه المؤثر على ذات العقد، وبيان النهي المؤثر على وصف مجاور له خارج عن الماهية والشروط.

مجال نظرية الفساد عند الحنفية:

إن التقسيم السابق للعقد غير الصحيح عند الحنفية إلى فاسد وباطل لا يشمل جميع العقود، بل يقتصر على طائفة منها، وهذا يعني أن بعض العقود قد تكون صحيحة أو فاسدة أو باطلة، وأن بعض العقود الأخرى لا تكون إلا صحيحة أو باطلة، ولا تسري عليها نظرية الفساد، ويكون الفاسد فيها بمعنى الباطل، ويطبق عليها حكم البطلان[1].

والواقع أن علماء المذهب الحنفي لم يضعوا ضابطاً لإقامة الحد الفاصل للتمييز بين حالات البطلان وحالات الفساد، وما يجري فيه حكم الفساد وما لا يجري، ولكنهم يصرحون ـ غالباً ـ عند كل عقد أو تصرف أنه يجري فيه الفساد أو لا يجري، وعدَّد بعض فقهائهم التصرفات التي تدخل في نظرية الفساد، مع الاختلاف في بعضها[2].

ومن جهة أخرى فإن الحنفية كثيراً ما يعبرون عن الباطل بالفاسد، أو يعبرون عن البطلان بالفساد، يقول الكمال ابن الهمام: «فالبيع فاسد، مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل[3] . . .» ثم يقول معلقاً على الهداية: «هذه فصول جمعها أي في حكم واحد وهو الفساد، والواقع أن فيها تفصيلاً، يعني ليس كلها فاسد، فإن منها ما هو باطل»[4]، ويقول المرغيناني: «وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل»[5].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٨٧، المدخل، شلبي ص ٤٤٠، المدخل، عيسوي ص ٤٩٧.

(٢) رد المحتار على الدر المحتار ٣/١٣٤ ـ ١٣٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧.

(٣) فتح القدير له ٥/١٨٥.

(٤) فتح القدير ٥/١٨٦.

(٥) فتح القدير ٥/١٨٩.

وقد استنبط علماء الشريعة المعاصرون معياراً وضابطاً لتمييز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها الفساد، فقال الأستاذ الزرقا:

«إن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشىء التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية»[1].

وعلى هذا يدخل في نظرية الفساد العقود التي محلها مال، كعقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة، لأنها عقود مالية وتنشىء التزامات متقابلة، ويدخل فيها عقد القرض والهبة لأنهما ينقلان الملكية.

ويخرج من نظرية الفساد ما يلي:

١ ـ **التصرفات التي يقوم بها الإنسان، وليست عقوداً، كالعبادات** من صلاة وصيام وزكاة وحج وجهاد ودعوة، فإنها إما أن تكون صحيحة مقبولة عند الله تعالى، وتترتب عليها الآثار من براءة الذمة، وإما أن تكون غير صحيحة، فلا تبرأ بها الذمة، ويجب إعادتها، ولا فرق فيها بين الفاسد والباطل[2].

٢ ـ **التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود**، وإن أطلق عليها أحياناً صفة العقد، كتصرفات الإرادة المنفردة، كالطلاق والإعتاق، والوقف والإبراء والكفالة والإقرار والدعوى، فلا فرق فيها بين الفساد والبطلان، ولا تنطبق عليها أحكام الفساد، أو نظرية الفساد[3].

٣ ـ **العقود غير المالية**، وهي العقود التي لا يكون محلها مالاً، كعقد النكاح، فإنه لا يسري عليه حكم الفساد، ويكون فاسده وباطله بمعنى واحد عند جمهور الحنفية، وله حكم واحد.

ومثل الوصاية والوكالة والتحكيم، فإنها عقود، ولكنها ليست مالية، لأن

---

(١) المدخل الفقهي العام، له ٦٨٧/٢، وانظر: المدخل، شلبي ص ٤٤٠، المدخل، عيسوي ص ٤٩٧، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ص ٢٠٣/١.

(٢) المدخل الفقهي العام ٦٨٧/٢، تيسير التحرير ٢٣٠/٢، المستصفى ٩٥/١.

(٣) المدخل الفقهي العام ٦٨٨/٢، .رد المحتار على الدر المختار ١٣٦/٣.

محلها الولاية والسلطة والنيابة والتفويض من شخص إلى آخر[1].

٤ - ويخرج من نظرية الفساد العقود المالية التي لا تنشىء التزامات متقابلة، ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة، فلا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

وجهة نظر:

ظهر اختلاف بين علماء الحنفية في فساد بعض العقود والتصرفات كالإقالة والوكالة والتصرف والوقف والنكاح والدعوى والرهن، فأقر بعضهم نظرية الفساد فيها، وأنكر آخرون وجود مرتبة الفساد فيها، وأنه يجري فيها الصحة والبطلان فقط[2] ونفصل القول في أهمها:

١ - عقد النكاح:

قال أكثر الحنفية: إن النكاح الباطل والفاسد مترادفان، وإن نظرية الفساد التي تعني أنها مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان، والتي يترتب عليها أثر العقد، لا تجري في النكاح، وإن النتائج والآثار التي تثبت أحياناً للنكاح المخالف لنظامه هي نتائج وآثار استثنائية من العقد الباطل، كما مر سابقاً.

وقال بعض الحنفية: إن عقد النكاح ينطبق عليه التقسيم الثلاثي في العقد، وأنه يتدرج من الصحة إلى الفساد إلى البطلان، وأنه يجب التمييز بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد من حيث ثبوت النتائج والآثار على العقد الفاسد، وعدم ثبوتها على العقد الباطل، مع الاعتراف بأن كلا منهما غير منعقد، وليس له وجود شرعي، وهذا الرأي أخذ به قانون حقوق العائلة العثماني[3].

فعقد النكاح له نظامه الشرعي الدقيق المحكم، فإن كانت المخالفة فيه لا تمنع ثبوت بعض الأحكام فيه إذا اقترن بالدخول، كالنكاح بلا شهود، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها، وزواج الرجل بمطلقته بعد ثلاث طلقات قبل تحقق

---

(١) رد المحتار ١٣٦/٣، المدخل الفقهي العام ٦٨٨/٢.

(٢) رد المحتار ١٣٦/٣، المدخل الفقهي العام ٦٨٩/٢، المدخل، عيسوي ص ٤٩٨.

(٣) المدخل الفقهي العام ٦٨٩/٢، ٧٢٦، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، رد المحتار على الدر المختار ١٣١/٣، المدخل، عيسوي ص ٤٩٨.

سبب الحل الجديد، ونكاح الأخت في عدة الأخت، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة، فيثبت النسب والمهر والعدة، ويسمى العقد فاسداً، على الرغم من عدم انعقاده[1].

وإن كانت المخالفة لنظام عقد النكاح بالغة وخطيرة ولا يترتب عليه أثر، وإن حصل دخول، ولا يعتبر العقد شبهة في الحد أصلاً، كالزواج من إحدى محارمه، وزواج المسلمة من غير المسلم، فيكون العقد باطلاً، ويكون الدخول زنى تجب فيه عقوبة الحد، ولا يثبت به نسب ولا عدة ولا مهر[2].

وفي رأيي: إن الاختلاف بين جمهور الحنفية وبين بقية الحنفية خلاف لفظي، وظاهري، ولا يترتب عليه أثر أو نتيجة، وذلك أن جمهور الحنفية اعتبروا العقد باطلاً، وتثبت له بعض الآثار بعد الدخول استثناء، وأن بعض الحنفية اعتبروا العقد فاسداً، وقالوا تثبت له بعض الآثار بعد الدخول، فالنتائج واحدة، وأرى أن رأي الأكثرية يتفق مع القواعد العامة، والأسس والأصول التي سار عليها علماء الحنفية، ولكن رأي بعض الحنفية أكثر اتفاقاً مع الواقع والتطبيق والعمل، على الرغم من التناقض في قولهم بأنه غير منعقد من جهة كالباطل، ثم يصفونه بالفساد من جهة أخرى.

٢ ـ الدعـوى:

ينقل الأستاذ الزرقا عن العلامة علي حيدر أفندي أنه أجرى نظرية الفساد هذه في الدعوى قياساً على العقود المالية[3] وقسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام:

أ ـ صحيحة: وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها، وتتضمن طلباً مشروعاً، كطلب ثمن مبيع أو استرداد مغصوب، وهذه يترتب عليها سير

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٣/١٣١، ١٣٢، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٦٩٠ مع بعض التصرف، وانظر الفرق بين الدعوى الصحيحة والدعوى الباطلة في الفروق ٤/٧٢، أصول المحاكمات الشرعية والمدنيّة، للمؤلف ص ١٢٧.

المحكمة في إجراءاتها من تكليف الخصم بالجواب عنها، وتكليف المدعي بإثبات مدعاه إذا أنكر خصمه.

ب ـ وفاسدة: وهي الدعوى المستوفية شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلفة في بعض أوصافها الخارجية، وذلك كما إذا كان المدعى به مجهولاً، بأن ادعى أحد على آخر بدين مثلاً، ولم يبين مقداره، فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة، ولكنها قابلة للإصلاح، وهذه لا يجوز ردها فوراً ولا السير فيها وتكليف الخصم الجواب عنها، بل يكلف المدعي أولاً بتصحيحها، بتحديد مدعاه، فإذا صححها واستكمل نواقصها قبلت، وإلا ردتها المحكمة، ولا يستلزم هذا الرد سقوط الحق بتاتاً، بل للمدعي أن يجددها على وجه صحيح متى شاء.

ج ـ وباطلة: وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها، كمن ادعى على أحدبطلب صدقة، أو بطلب تنفيذ عقد باطل، وهذه لا يترتب عليها حكم، بل يردها الحاكم من عنده، لعدم إمكان إصلاحها.

ويعقب الأستاذ الزرقا على رأي المرحوم علي حيدر أفندي فيقول: «وهذا تفقه حسن، وقياس جيد، وعليه العمل القضائي لدينا، وإن نصوص الفقهاء وقوانين الأصول. . . ، وإن لم تقسم الدعوى غير الصحيحة إلى فاسدة وباطلة، ولم تميز هذا التمييز من حيث الاسم ـ هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل»[1].

٣ ـ الرهن:

الرهن من العقود المالية، والأصل أن يجري فيه الفساد والبطلان حسب الضابط السابق لمجال نظرية الفساد، ولكن الرهن يقع في الطرف المقابل للعقود المالية في نظر الحنفية، ولا يجري عليه أحكام الفساد، وذلك أن نتيجة الفساد تستوي تماماً مع نتيجة الصحة، وإن الرهن الفاسد تثبت له أحكام الرهن الصحيح، فلو فسخ الراهن الرهن الفاسد، فيثبت للمرتهن حق احتباس المرهون

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٦٩١.

والامتياز في استيفاء الدين منه، ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتهن الدائن كالرهن الصحيح، قال ابن عابدين: «إن فاسد الرهن كصحيحه إذا كان سابقاً على الدين، وإلا فلا»[1].

مثال الرهن الفاسد: رهن الحصة الشائعة فإن فيه خللاً في ناحية فرعية فيه، فإن الشيوع يخل بالقبض اللازم في نظر الحنفية فيكون العقد فاسداً، بخلاف العقد الباطل الذي اختل أحد شروطه الأساسية كالرهن من المجنون ورهن المال الموقوف.

والسبب في هذا الاستثناء أن المرتهن لم يقبل بالدين في ذمة المدين إلا بتقديم الرهن، وتوثيق الدين به، فإن كان فاسداً، وفسخ الراهن العقد فيجب عليه إعادة الدين قبل استعادة المرهون، وإلا بقي حق المرتهن بحبس المرهون مقابل دينه، لاستيفاء الحق منه، وحق الحبس يثبت في حالات كثيرة للحصول على الحق المقابل لها، سواء في البيع أو الوكالة أو النكاح. . .، وبناء على ذلك نرى أن حق الحبس الذي تم حسب العقد الفاسد أعطى حق حبس المرهون كالعقد الصحيح، بخلاف الاستدانة بدون اشتراط رهن فلا يحق للدائن حبس شيء ما، وبخلاف الرهن الباطل فإنه لا ينعقد أصلاً، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح[2].

أسباب الفساد:

إن السبب الأساسي في فساد العقد هو مخالفته للنظام الشرعي في ناحية فرعية، والعقود بشكل عام لها مقومات وشروط مشتركة، وهذه الشروط عند الحنفية على أربعة أنواع، وهي: شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم، والمقصود هنا شروط الصحة التي يجب توفرها ليكون العقد صحيحاً تترتب عليه الآثار الشرعية، وإذا فقد شرط من هذه الشروط كان العقد فاسداً.

---

(١) رد المحتار ١٣٥/٣، وانظر: المدخل الفقهي العام ٧٠٥/٢. الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧.

(٢) المراجع السابقة.

وشروط الصحة كثيرة[1]، بعضها خاص ببعض العقود دون بعض، وتعرف تفصيلاً في كتب الفقه عند بحث كل عقد من العقود، كالوقت في الإجارة، والشروط الخاصة في السلم، والمماثلة في البدلين في المال الربوي، والقبض في المنقول. . . وغيرها، وبعضها شروط عامة يجب توفرها في جميع العقود، فإن اختل شرط منها تعرض العقد للفساد، وكان هذا الخلل سبباً للفساد[2].

وهذه الأسباب العامة التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي على الرغم من انعقاده هي:

أولاً ـ الجهالة:

يشترط في العقد أن يكون معلوماً لكلا العاقدين، من جميع نواحيه، ليكون التعاقد بينهما عن بينة وعلم، وليتحقق الرضا الكامل بكل جانب من جوانبه، فإن أصاب العقد جهالة، نظر:

إن كانت **جهالة بسيطة** لا تؤثر غالباً في مقومات العقد فلا تضر العقد، وإن كانت **جهالة فاحشة** أدت إلى فساد العقد.

والضابط في الجهالة الفاحشة أنها تفضي إلى نزاع مشكل بين الطرفين، ولا يمكن الفصل فيه بينهما، لاشتباهه أو لتساوي حجة الطرفين فيه[3].

مثال **الجهالة البسيطة** التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل، ولا تضر بالعقد أن يبيع الإنسان ما في صندوقه أو ما في بيته، فيصح العقد، لأن المبيع معين بما في الصندوق أو بما في البيت، وقد رضي الطرفان بذلك، فلا نزاع فيه، فإن تبين أن المبيع خلاف ما يتوقع أحدهما، وأراد رفضه، فلا يعتد بقوله، لأن رضاءه السابق حجة عليه.

---

(١) قال ابن عابدين: «وأما الثالث: وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون»، انظر: رد المحتار، له ٥/٥٠٥.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٢٧، المدخل الفقهي العام ٢/٦٩٣، الفقه الإسلامي ١/١٧٦.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٦٩٥، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وهبة الزحيلي ١/٢١٧.

أما **الجهالة الفاحشة** فتكون في أربعة أمور وهي:

١ ـ **الجهالة في المعقود عليه**، كجهالة المبيع في عقد البيع، وجهالة المأجور في الإجارة، وجهالة الموهوب في الهبة.

٢ ـ **جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية**، كجهالة الثمن في المبيع، وجهالة البدل المصالح عنه في الصلح[1]، أما جهالة المهر مثلاً فلا تؤثر لأنه يجب مهر المثل.

٣ ـ **جهالة الآجال في العقود التي يكون الأجل فيها ملزماً للطرفين**، كجهالة المدة المتعاقد عليها في الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن في البيع[2].

أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته، كمدة الشركة، فإن المدة فيها غير ملزمة عند الحنفية، فسواء كانت المدة معلومة أم مجهولة فلا تؤثر في الإجارة.

٤ ـ **جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد**، مثل تقديم الكفيل أو الرهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكون الكفيل والرهن معلومين، وإلا فسد العقد[3].

فالجهالة في هذه الأمور الأربعة تؤثر في العقد، وتسلب صحته، وتجعله فاسداً تترتب عليه الآثار، ولكنه يستحق الفسخ، كما سنرى في آثار العقد الفاسد.

ثانياً ـ الغرر:

الغرر من التغرير بمعنى الإيهام والتوريط، وفي الاصطلاح: هو ما كان مستور العاقبة[4]، وهو الأمر الذي يحتمل الوجود والعدم.

---

(١) فتح القدير ١٨٦/٥، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢٢٠/١، المدخل الفقهي العام ٦٩٦/٢.

(٢) فتح القدير ٢٢٢/٥، الفقه الإسلامي ٢٢١/١.

(٣) المدخل الفقهي العام ٦٩٦/٢، الفقه الإسلامي ٢٢٢/٢.

(٤) انظر تعريف الفقهاء للغرر في رسالة الدكتوراه: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور الصديق الضرير ص ٢٧ ـ ٣٤، التعريفات، الجرجاني ص ١٤١.

وقد ورد في حديث رسول الله ﷺ النهي عن بيع الغرر.[1].

والغرر قد يقع في أصل العقد ومقوماته فيؤدي إلىٰ بطلان العقد كبيع الحمل في بطن أمه، ففيه غرر لاحتمال أن يكون انتفاخاً أو أن يولد ميتاً، وكبيع ضربة القانس والغائص ففيه غررلاحتمال أن لا يخرج في شبكة الصياد شيء[2].

وقد يقع الغرر في أوصاف العقد الفرعية فيؤدي إلى فساده، كبيع البقرة بشرط أن تحلب خمسين كيلوغراماً من الحليب، فيحتمل أن لا تحلب باستمرار هذا المقدار، وبيع شاة على أنها حامل، فالمشروط يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن التأكد من الحمل في الحال[3].

ثالثاً ـ الإكــراه:

هو حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد[4]، ووقوع الإكراه على العاقد يعتبر خللاً في رضاء المكره، وقد اختلف فقهاء الحنفية في تكييفه ووصفه على رأيين:

الأول: أن العقد مع الإكراه صحيح موقوف، لا فاسد، وهو رأي الإمام زفر، ويكون العقد منعقداً صحيحاً، لكنه يتوقف حكمه وتنفيذه على الإجازة بعد رفع الإكراه.

الثاني: أن العقد مع الإكراه فاسد، تترتب عليه آثار الفساد من تحقق الموضوع عند القبض، ويستحق الفسخ، وهو رأي أكثر الحنفية.

والفرق بين الرأيين أن الملكية في عقد البيع مع الإكراه تتوقف على الإجازة حسب الرأي الأول، وإذا أجاز العقد أصبح نافذاً ولازماً سواء تم القبض أم لم يتم، وعلى الرأي الثاني فإن الملكية تنتقل عند القبض فقط، ويبقى العقد غير لازم، سواء قبل القبض أو بعده، ويمكن لكل من الطرفين فسخه ونقضه[5].

---

(1) رواه مسلم والأربعة عن أبي هريرة، ورواه أحمد وأبو داود عن علي، (انظر: نيل الأوطار ١٦٦/٥، الفتح الكبير ٢٧٧/٣).

(2) المدخل الفقهي العام ٦٩٨/٢، الفقه الإسلامي ٢١٠/١.

(3) المدخل الفقهي العام ٦٩٧/٢، الفقه الإسلامي ١٧٥/١، بدائع الصنائع ٣٠٧١/٧، ٣٠٧٢.

(4) التعريفات ص ٢٧.

(5) المدخل الفقهي العام ص ٦٩٩ وما بعدها، ويرى الشافعية أن بيع المكروه باطل، انظر=

والواقع ـ كما يقول الدكتور السنهوري ـ أن فساد بيع المكره يشبه البيع الموقوف من جهة، ويشبه الفاسد من جهة أخرى[1].

فيتفق بيع المكره مع البيع الموقوف بأن يرد على البيع إجازة العاقد المكره، وهو البائع، قبل القبض وبعده، فينقلب صحيحاً، بخلاف البيع الفاسد بغير الإكراه، فلا يقبل الإجازة، وبأن العاقد غير المكره يلزمه العقد بعد القبض، ولا يحق له الفسخ، بخلاف البيع الفاسد، وأن المشتري في البيع المكره إذا تصرف بالمبيع لا يسقط حق البائع المكره في الفسخ بخلاف بقية البيوع الفاسدة فإن التصرف بالمحل يمنع الفسخ.

ويتفق بيع المكره مع بقية البيوع الفاسدة بأنه يجوز لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض، خلافاً للتصرف الموقوف، فلا يبطله إلا من توقف لمصلحته، وإنْ تصرف المشتري بالمبيع بعدقبضه في بيع فاسد، تصرفاً غير قابل للفسخ كالبيع، فإن حق البائع ينقطع بالفسخ، خلافاً للموقوف، فإنه يحق لصاحبه فسخه قبل القبض وبعده.

رابعاً ـ الشرط الفاسد:

هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به النص الشرعي، ولم يجرِ به العرف، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق[2].

= أدب القضاء، ابن أبي الدم، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي ص ٥٥٤، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور: ٥٥٥، ٦٥٠، جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحنبلي ص ٣٢٩.

(١) انظر تفصيل ذلك في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٧٢/٤ وما بعدها.

(٢) الشرط الفاسد على أنواع، منها ما يفسد العقد، ومنها ما يكون فاسداً في نفسه وباطلاً في ذاته ولا يؤثر على العقد، فيبقىٰ العقد صحيحاً، كمن باع سيارة بشرط ألا يبيعها المشتري، أو لا يهبها، أو لا يَمْلكها، وكمن باع طعاماً بشرط ألا يأكله المشتري ولا يبيعه فهذا شرط فاسد في نفسه لا يؤثر في العقد، انظر: بدائع الصنائع ٣٠٧٣/٧ وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٢١/٣، ١٣١، حاشية ابن عابدين، رد المحتار ٢٨٤/٥، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ١١١، المدخل الفقهي العام ٧٠١/٢، الفقه الإسلامي ٢٣٧/١.

وهذا الشرط إن وقع في عقود المعاوضات، كالبيع والسلم والصرف والمقايضة، والإجازة والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح بمال عن مال والقسمة والمخارجة والشركة، أدى إلى فساد العقد، ولا يترتب على انعقاده أثر ما لم يحصل القبض.

والأصل فيه ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط[١].

لأن الشرط الفاسد فيه منفعة لأحد المتعاقدين بدون مقابل فتكون كالربا، كما إذا شرط البائع على المشتري أن يسكن الدار المبيعة ستة أشهر، إذا لم يجر العرف بذلك، فإن البيع فاسد، ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض، ومثل إذا اشترط المشتري على البائع أن يدفع أجرة نقل المبيع إلى بلد معين، ولم يتعارف الناس ذلك، فالبيع فاسد، وكما إذا اشترط المؤجر على المستأجر أن يقرضه مقداراً من المال، أو أن يعطيه مقداراً معيناً مما تخرجه الأرض المستأجرة من الزرع على وجه الهبة فالإجارة فاسدة.

وكما إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يتصدق بالعين الموهوبة أو أن يبيعها لشخص معين، فالهبة فاسدة.

أما عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع على مال وعقود التبرعات كالهبة، والقرض والوديعة والعارية والوصية والحوالة والكفالة والرهن فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد، ويبقى العقد صحيحاً تترتب عليه آثاره، ويلغو الشرط وحده[٢].

والضابط في تمييز الشرط الفاسد الذي يفسد العقد عن الشرط الذي لا يفسده أن الأول هو ما كان فيه مبادلة مال بمال[٣].

---

(١) ونهى رسول الله عن بيعتين في بيعة، (انظر: نيل الأوطار ٥/١٧٣ الفتح الكبير ٣/٢٧٨)، وانظر: أبواب الشروط في البيع، والنهي عن جمع شرطين، وباب من شرط شرطاً فاسداً: نيل الأوطار ٥/٢٠١ وما بعدها.

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد: ١١١، ١١٢، وانظر أمثلة عن البيع مع الشرط في فتح القدير ٥/٢١٤ وما بعدها.

(٣) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٢٤١ ـ ٢٤٢، المدخل للفقه الإسلامي، مدكور: ٦٦٧، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣/١٣٠، مرشد الحيران، المواد ٣٢٣ ـ ٣٢٦.

خامساً ـ الضـــرر:

وذلك إذا تضمن العقد إيقاع الضرر على البائع عند تسليم المبيع فيكون العقد فاسداً لا تنتقل الملكية فيه إلا بالقبض والتنفيذ، كما لو باع خشبة معينة في سقف مبني، فإن التنفيذ يفرض هدم الجدار أو السقف لإخراج الخشبة، وكما لو باع ذراعاً من ثوب يتضرر بالتبعيض، فإن التنفيذ يؤدي إلى تعطيل الثوب، فيكون البيع فاسداً، وهذا الهدم في الجدار أو التعطيل في الثوب لصيانة حق شخصي، فإن تنازل البائع عن حقه، ونفذ العقد الضار بإرادته، انقلب البيع إلى عقد صحيح[1].

آثار الفساد:

إن العقد الفاسد موجود، لأنه منعقد، وصحيح بأصله لوجود أركانه ومقوماته، ويبقى النهي مسلطاً على الوصف فقط، وبما أن أصله موجود ومشروع فقد ترتب عليه بعض الآثار، كانتقال الملك بعد القبض، وبما أنه اقترن به وصف منهي عنه فيكون هذا الملك غير طيب، ويجب على المتعاقدين فسخ العقد، فإن لم يفسخاه وجب على القاضي فسخه.

فالعقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل، ولذلك يترتب على العقد الفاسد نتيجتان رئيسيتان، أو أثران أساسيان، وهما:

أولاً ـ ترتب الآثار المقررة للعقد:

إن الأصل في العقد الفاسد أن لا ينتج أثراً، ولا ينتقل به الملك قبل القبض، ولا يمكن لأحد الطرفين أن يجبر الآخر على تنفيذ العقد، أو القيام بالواجبات والالتزامات الناشئة عن العقد الصحيح، لأن العقد قلق ويجب فسخه ورفعه، فإذا اعتضد العقد الفاسد بالقبض فقد تقوى على إفادة الحكم[2].

وإذا نفذ الطرفان العقد، وأيدا الالتزامات والحقوق باختيارهما، فهنا تترتب آثار العقد بعد التنفيذ والقبض بانتقال الملكية في المبيع والثمن.

---

(١) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/١٧٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٢٧.
(٢) فتح القدير ٥/٢٢٩.

قال الكاساني: «أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا»[1].

وقال الحصكفي: «وإذا قبض المشتري المبيع برضا بائعه صريحاً أو دلالة في البيع الفاسد ولم ينهه ملكه»[2].

والسبب في ترتب هذه الآثار أن العقد الفاسد ـ على الرغم من عدم صحته ـ منعقد وله وجود شرعي بالإضافة إلى وجوده المادي والحسي، فالعقد الفاسد له وجود واعتبار شرعي، ولكن هذا الوجود مهدد بالزوال في كل وقت من الطرفين أو من القاضي، ولهذا الوصف الشرعي للعقد الفاسد فقد رتب الفقهاء عليه بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح بشرطين:

١ ـ القبض: فالمشتري شراء فاسداً إذا قبض المبيع بإذن البائع، أو في مجلس العقد، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري لانعقاد العقد والقبض، بخلاف العقد الصحيح، فإن الملكية تنتقل في الصحيح بمجر الانعقاد والتلفظ بالإيجاب والقبول[3].

والسبب في تأخير الحكم إلى القبض أن العقد الفاسد عرضة للفسخ والإبطال في كل لحظة، سواء من قبل الطرفين أو من قبل القاضي، وأنه مقترن بوصف منهي عنه من الشارع، فالعقد ضعيف مريض مهدد بالموت، فلم يجد الفقهاء مصلحة في الإسراع في ترتيب الأحكام لعقد قلق يحتمل الزوال والنقض، فإن تم القبض ونفذ العقد ثبت حكماً وفعلاً وواقعاً.

ويشترط في القبض أن يكون بإذن البائع صراحة أو دلالة، بأن يأذن له في القبض، أو يقوم البائع بالتسليم والتنفيذ، وكذا إذا لم يأذن له صراحة ولكن

---

(١) بدائع الصنائع، له ٣٣٧٧/٧.

(٢) رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، ابن عابدين ٨٨/٥.

(٣) فتح القدير ١٨٨/٥، ٢٢٧، بدائع الصنائع ٣٣٩٠/٧، رد المحتار ٨٨/٥، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، المدخل، شلبي ص ٤٤٠، المدخل، عيسوي ص ٤٩٥، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٥٥/٤ ـ ١٥٦، ١٦١، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢٥٢/١.

قبضه بمحضره ولم ينهه عن ذلك، فالراجح ثبوت الملك[1].

وهذا الملك الذي ينتقل بالقبض في العقد الفاسد ملك خبيث، لأنه ملك يستحق الفسخ، وهو مضمون بالقيمة لا بالمسمى، ولأنه ثبت بعقد منهي عنه، ولذلك قال الحنفية: لا يثبت حق الشفعة للشريك في البيع الفاسد[2].

٢ ـ **التعادل في التبادل**: وهذا هو الشرط الثاني في ترتب الآثار المقررة عن العقد الفاسد، ويعني أن ترتب الآثار السابقة بعد القبض لا تتم بحسب ما جرى الاتفاق عليه في العقد، وأن الحقوق الناشئة عن العقد الفاسد، أو الالتزامات المتقابلة، لا تثبت كما وردت في العقد، بل ترد إلى الواقع والحقيقة والأصل، وكأن البدل ثبت بناء على الواقعة المادية وهي القبض والتنفيذ، فيكون بحسب القيمة، ويشترط فيها التعادل، كالضمان في الغصب والإتلاف[3].

والسبب في ذلك أن العقد الفاسد يستحق الفسخ والإبطال، وأصبح ضعيفاً وهزيلاً لا يقوى على بناء الالتزامات عليه، أو ترتب الحقوق على أساسه، وأن ما ورد فيه من حقوق والتزامات أصبحت فاسدة لفساد العقد، فترد إلى حدودها الأصلية من ثمن المثل، وهو قيمة المبيع يوم القبض، المقررة في سعر السوق، بدلاً من الثمن المسمى في العقد الفاسد، وأجرة المثل بدلاً من الأجرة المسماة في الإجارة الفاسدة[4]، لأنه إذا فسد العقد فسد ما بني عليه من زيادة الحقوق

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٣٩١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٥٨، الفقه الإسلامي ١/٢٥٢.

(٢) فتح القدير ٥/١٨٨، ٢٣٠، بدائع الصنائع ٧/٣٣٩٠.

(٣) فتح القدير ٥/٢٣١، بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٩، رد المحتار، ابن عابدين ٥/٩٠، الفقه الإسلامي ١/١٥٢ وكذلك يثبت مهر المثل في النكاح الفاسد عند القائلين به، انظر رد المحتار ٣/١٣٢.

(٤) يحدد الحنفية الأجرة المسماة في العقد الفاسد كحد أعلى يستحقه المؤجر في الإجارة الفاسدة، فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسماة فلا يستحق المؤجر إلا مقدار الأجرة المسماة بخلاف البيع، فإن البائع يستحق ثمن المثل بالغاً ما بلغ، ولو تجاوز الثمن المسمى، وسبب التفريق أن الحنفية يعتبرون أن المنفعة في الإجارة غير متقومة، وأن المنافع لا قيمة لها، وإنما تقوم في العقد، بخلاف المبيع في البيع فإن له قيمة ذاتية فيه، انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٧٠٤، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٦٣، الأشباه =

والالتزامات والواجبات، ووجب رد المتعاقدين إلى التعادل الحقيقي فيما بينهما، والمساواة في التبادل والمعاوضات.

ثانياً ـ استحقاق الفسخ:

إن العقد الفاسد قائم ومنعقد، ولكنه غير صحيح، للخلل الذي وقع فيه وسلبه القوة والنفاذ، ولذلك يجب فسخه، لأن دفع الفساد واجب شرعاً.

وإن العقد الفاسد منهي عن وصف من أوصافه، فمن يقوم به يكون عاصياً لأمر الشارع، وفعله معصية يجب الرجوع عنها والبراءة منها والتوبة منها، فيجب على كل من الطرفين فسخه وإبطاله كما يجب على القاضي ـ متى علم به ـ أن يفسخه ويبطله[1].

والعقد الفاسد مخالف للدين في نظامه العقدي، وأنه ـ وإن أفاد الملك بالقبض ـ لا يفيد تمام الملك، لأن حق الطرفين بالفسخ قائم، ولا ينقطع، بل يجب عليهم ـ ديناً ـ الفسخ[2].

وهذا الحكم يبين حقيقة الفساد كمؤيد شرعي للحفاظ على نظام الشارع في العقود والمعاملات في نظر الحنفية.

يقول الكاساني: «واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية، لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة»[3].

وحق الفسخ يثبت لكل من الطرفين المتعاقدين، فيحق لكل منهما إبطال العقد ويحق له الاحتجاج بفساده واستحقاقه للفسخ، ويحق له الدفع به بعدم الالتزام بحقوقه وواجباته، وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[4].

= والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧.

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٥٦/٤.

(٢) فتح القدير ١٨٥/٥، ٢٣١، رد المحتار، ابن عابدين ٩٠/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٨٠/٧.

(٤) ذهب الإمام محمد إلى أن الفساد إذا كان ناشئاً عن شرط مفسد لمصلحة أحد الطرفين، فحق الفسخ ينحصر بصاحب هذا الشرط ، لأنه هو القادر على تصحيح العقد بحذف =

ويكون الفسخ بالقول بأن ينطق بالفسخ والرد والنقض، ويكون بالفعل برد المبيع، ويشترط في الفسخ أن يكون بمحضر من الآخر ليعلم به عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، خلافاً للإمام أبي يوسف.

ومتى فسخ البائع البيع الفاسد فلا يحق له استرداد المبيع إلا بعد أن يرد الثمن وهو القيمة التي أخذها من المشتري، ويحق للمشتري أن يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه حتى يستلم الثمن، لأن المبيع يصبح كالرهن محبوساً في مقابل الثمن، وإن مات البائع فالمشتري أحق بالمبيع من غيره[1]، أي يكون له حق الامتياز والأفضلية على غيره بالتعبير القانوني الحديث.

فإن فعل العاقدان ذلك فبها ونعمت، وإلا كان من حق القاضي وواجبه أن يفسخ العقد الفاسد، لما ورد فيه من النهي، ولأنه معصية، ولأنه مخالف لنظام الشرع فيجب فسخه حقاً لله تعالى[2].

شروط فسخ العقد الفاسد:

ويشترط لاستحقاق الفسخ في العقد الفاسد شرطان:

١ ـ **بقاء المعقود عليه على حالته التي كان عليها قبل القبض**، أما إذا تغيرت صفته الأولى، زيادة أو نقصاً أو كيفية، فيمتنع الرد[3]، كأن يكون المبيع

= الشرط والتنازل عنه، ومطالبته بالتنفيذ ليس إعمالاً للعقد الفاسد، ولكنه انتقاص لهذا العقد أي تجزئة للعقد وتفريق للصفقة، كما سبق في نظرية البطلان، ولا يحق للطرف الآخر الفسخ، لأنه يبطل حق الآخر في التصحيح، وقال الطرفان: يحق لكل منهما فسخه، لأن الفسخ لحق الشرع، ولأن الشرط الفاسد سلخ قوة العقد الإلزامية، ولكل من الطرفين فسخه. انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٠، فتح القدير ٥/٢٣١، المدخل الفقهي العام ٢/٧٠٨، مصادر الحق ٤/١٦٠.

(١) فتح القدير ٥/٢٣٨.

(٢) فتح القدير ٥/٢٣١، بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٠، ٣٣٨١، ٣٣٨٢، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩٥، المدخل، شلبي ص ٤٤٠، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٥٥.

(٣) انظر تفصيل الزيادة والنقص اللذين يمنعان الفسخ في بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٥ وما=

أرضاً فغرس فيها أو بنى عليها، أو ثوباً فصبغه، أو طعاماً فأكل منه، أو قمحاً فطحنه، أو دقيقاً فخبزه، أو شاة فذبحها، فيمتنع الرد، وإن كان الإثم باقياً، مع استقرار الحكم والآثار والنتائج السابقة التي تمت بالتنفيذ والقبض[1].

٢ ـ ألا يتعلق بالمعقود عليه حق الآخرين، فإن تعلق به حق لغير المتعاقدين امتنع الفسخ، كما لو باع المشتري المبيع لغيره، أو تصدق به، أو وهبه وقبضه الموهوب له، أو رهنه، امتنع الرد لتعلق حق الغير به.

وهكذا كل تصرف لازم غير قابل للفسخ، ولم ينفسخ بالفعل، يمنع حق الفسخ، فإن كان قابلاً للفسخ لعيب أو خيار بقي حق فسخ العقد الفاسد قائماً، وإن فسخ البيع الثاني أو فك الرهن أو ردت الهبة رجع حق الفسخ والاسترداد لكل من الطرفين[2].

والهدف من بقاء العقد الفاسد وامتناع فسخه عند وجود حق ناشىء للغير هو الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة، كما أن حق الفسخ كان مفتوحاً لرفع الفساد، والحث على التوبة من المعصية، فمتى أخر كل منهما ذلك، ولم يتدارك الفسخ بالسرعة الممكنة قبل التصرف به، فقد فوت على نفسه هذا الحق[3].

ومن جهة أخرى فإن حق الفسخ ثبت في العقد الفاسد حقاً لله تعالى، وحفظاً لنظامه وشرعه، وتوبة من معصية، وبعد التصرف بالمعقود عليه وتعلق حق الناس به فقد تعارض حق الله مع حق الناس، في الأمور المالية

= بعدها، رد المحتار على الدر المختار ٥/٩٩، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٦٦، ١٦٧.

(١) فتح القدير ٥/٢٣٥، رد المحتار ٥/٩١، بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٥، المدخل الفقهي العام ٢/٧٠٧، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ٤٩٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٦٥.

(٢) فتح القدير ٥/٢٣٢ ـ ٢٣٣، رد المحتار ٥/٩٢، المدخل، عيسوي ص ٤٩٥، المدخل الفقهي العام ٢/٧٠٧، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٦٥.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٣٣٨٣، فتح القدير ٥/٢٣٢.

فيقدم حق الناس؛ لأنها تقوم على المطالبة والمشاحة، أما حق الله فيقوم على الصفح والغفران والمسامحة.

الفساد لا يرتفع بالإجازة:

ويتفرع على نتيجة الفساد أن العقد الفاسد لا يرتفع بالإجازة كالعقد الباطل، لأن الفساد ناشىء عن مخالفة نظام العقد، أو لوقوع خلل في الشروط الشرعية للعقد، والفساد لحق الشرع وليس لحق الأطراف، فلو أجازه أحد الطرفين أو كلاهما ـ مع بقاء سبب الفساد ـ فلا ينقلب إلى عقد صحيح[1].

وإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ، أو أجاز العقد صراحة أو ضمناً، فلا يعتد بإسقاط حقه، ولا بإجازته للعقد، لأن حق الفسخ ثبت حقاً لله تعلى، فلا يملك العاقد أن يسقطه بإرادته[2].

وإذا مات أحد العاقدين كان لورثته حق الفسخ مكانه؛ لأن تنفيذ العقد لا يعتبر إجازة له، لأنه لا يقبل الإجازة[3].

يقول الكاساني: «الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط، بأن يقول: أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته، لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى، دفعاً للفساد، وما ثبت لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً» [4].

وإن العقد الفاسد يستحق الفسخ لغيره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد وإزالته بدون فسخ العقد، فلا يفسخ وينقلب صحيحاً[5]، بأنْ يكون سبب الفساد لحماية حق من حقوق الأطراف، أو اكتساب منفعة زائدة له، فلو اتفق الطرفان

---

(١) بدائع الصنائع ٣٣٨٢/٧، المدخل الفقهي العام ٧١٠/٢، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٥٥/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٨٥/٧، مصادر الحق ١٥٨/٤، ١٥٩، رد المحتار ٩٥/٥.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣٨٢/٧.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٥٦/٤.

على إزالة سبب الفساد فيرتفع الفساد، وينقلب الفاسد إلى عقد صحيح، وكما لو كان الفساد بسبب شرط مفسد لأحد الطرفين، أو كان الفساد للجهالة في العوض أو الأجل أو التوثيق، فبينه الطرفان، زال سبب الفساد[1] الذي كان يمنعه من الصحة، وإذا زال المانع عاد الممنوع، كما تقول القاعدة الفقهية[2].

أما إذا لم يزل المفسد، أو كان لا يمكن زواله بقي العقد فاسداً، وكان مستحقاً للفسخ من الطرفين من غير حاجة إلى قضاء، وإن علم به القاضي وجب عليه فسخه حقاً لله تعالى، ولو لم يطلبه أحد.

وبعد: فهذه نظرية الفساد التي قال بها الحنفية، وكان الدافع لها تسهيل المعاملات المالية، وفتح المجال أمام العقد بالتنفيذ ونقل الملكية، وعدم الحكم عليه بالبطلان، ولكن هذه النظرية أصبحت في العهود المتأخرة عبئاً على التعامل، وأدّت إلى الحرج، وصار الناس يتطلعون إلى التخلص منها والتحايل عليها، مما دفع المشرع العثماني في عهد الانحراف والظلم والتبعية والامتيازات الأجنبية، إلى استمداد التشريعات الأجنبية، والإعراض عن دين الله، ليقدم التسهيلات للتجارة الداخلية والخارجية، وقد أعمى التقليد والجهل والتعصب وضعف الإيمان عينيه أن يفتحهما على بقية المذاهب لاستمداد الحلول الإسلامية التي سبقت تشريع العالم في التساهل الذي يحقق منافع الناس، ويؤمن مصالحهم، ويدفعهم لحمل مشعل التقدم والعلم والمدنيّة والحضارة أمام الله والتاريخ، نرجو الله تعالى أن يردنا إلى ديننا رداً جميلاً، وأن يلهمنا العمل بكتابه الكريم وشريعة نبيه ﷺ، وأن يرزقنا الإيمان الكامل بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبالقرآن دستوراً.

وهذه نظرية المؤيدات الشرعية، التأديبية والمدنية، عرضناها لبيان الكمال في الشريعة الغراء، وأن الإسلام ليس شريعة خيالية نظرية، توزع الحقوق بين الناس، وتضع المبادىء والقواعد، وتنادي بالشعارات ، ثم تترك الأمور فوضى،

---

(١) فتح القدير ٥/٢٢٤.

(٢) المادة ١٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.

وإنما أقرت الحقوق وبينت طريقة الحفاظ عليها، والتمسك بها، وحمايتها أمام المعتدين، كما وضعت المبادىء والقواعد، ورسمت للناس منهج التنفيذ والتطبيق، ونادت بالشعارات وتكفلت بمقومات الحياة لها، وشرعت المؤيدات الشرعية لحماية الأحكام الأصلية، وأقامت الدولة الإسلامية الرشيدة التي تعهدت بصيانة أحكام الله تعالى في إقامة المجتمع الإسلامي الفاضل، ﴿صِبْغَةَ الله، ومنْ أحْسَنُ مِنْ اللهِ صِبْغَة﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٣٨، ﴿أفحُكْمَ الجاهلية يَبْغُون، ومَنْ أحسنُ مِنَ اللهِ حُكْماً لقوم يُوقِنُون﴾ (سورة المائدة) الآية: ٥٠.

* * *

الباب الثاني

في نظرية الأهلية والولاية

يظهر للباحث عند دراسة الحكم الشرعي في أصول الفقه أن الحكم هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً.

فالهدف من الخطاب هو بيان الأحكام الشرعية التي تتعلق بالإنسان الذي فضله الله على جميع المخلوقات، وأحسن خلقه، وكرَّمه، وسخَّر له ما في الكون، ثم أنزل عليه الشريعة لبيان الحقوق والواجبات التي تتعلق بالفرد منذ تكوينه ونشأته في بطن أمه، حتى وفاته ودفنه وتنفيذ وصيته وتوزيع تركته، ولذلك قال علماء الأصول: إن محل الخطاب هو الإنسان المكلف المخاطب، وهو المحكوم عليه، وقالوا: إن من شروط المكلف المخاطب بحكم الله تعالى أن يكون أهلاً للخطاب[1]، فما هي أهلية الإنسان لخطاب الله تعالى؟ وما هي مؤهلاته لثبوت الحقوق له، وتكليفه بالواجبات، واعتباره صالحاً لصدور التصرفات عنه على شكل يقبله المشرع ويقره عليه؟

فالأهليه تتعلق بالمكلف الذي يعتبر محلاً لخطاب الشارع، ولذلك يبحث الفقهاء وعلماء الأصول موضوع الأهلية عند الكلام عن صلاحية الإنسان للقيام بالعقود والتصرفات المالية والتكاليف الشرعية، ويشترط العلماء أيضاً لصحة التصرفات أن يكون للشخص ولاية على المحل، فما هي الأهلية؟ وما هي الولاية؟

---

(١) انظر تفصيل هذا الموضوع في كتاب أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٤١٢ وما بعدها.

هذا ما ندرسه في هذا الباب، فنعرف الأهلية والولاية، ونبين الأحكام المتعلقة فيهما باختصار، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: في نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: في الولاية الشرعية.

الفَصْلُ الأوَّلُ

فِي نَظَرِيَّةِ الأَهْلِيَّةِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيّ

سبق أن قلنا في نظرية المؤيدات الشرعية: إن الإسلام عقيدة وشريعة، شريعة تنظم علاقة الإنسان بربه، وتُحْكِم علاقته بنفسه، وتواكب علاقته بأفراد مجتمعه، وأن الشريعة حقوق وواجبات، أو مكاسب والتزامات، والله سبحانه وتعالى أرشد إلى أحكم السبل، فشرع الأحكام، ونظم المعاملات، وضبط علاقات الناس، بعضهم ببعض، وأقر الحقوق . . .

ونحن نعلم أن الشريعة الغراء تولت بيان الأحكام والنظم التي يحتاجها الإنسان منذ ولادته حتى وفاته، وبالتحديد فإن الشريعة نظمت حياة الإنسان، وبينت حقوقه وواجباته، وشرعت الأحكام السديدة له، وفصلتها بحسب أطوار حياته، ووضعت نظاماً دقيقاً شاملاً في كل ما يتعلق بحياته الخاصة والعامة، الصغيرة والكبيرة، السرية والجهرية، الفردية والاجتماعية، الدنيوية والأخروية، العقلية والفكرية، الأدبية والأخلاقية، المالية والعائلية، مع مراعاة أحواله الجسمية، ونموه العقلي، وتطور مراحل حياته منذ التكوين والاجتنان ثم الولادة والشباب حتى الشيخوخة والوفاة.

فمن هو المستحق لهذه الحقوق؟ ومن يقوم بالواجبات؟ وكيف توزع هذه الحقوق على أطوار الإنسان ومراحل حياته؟ وما هي الشروط والصفات التي يجب توفرها عند إعطاء الحقوق أو فرص الواجبات أو ممارسة التصرفات، أو أداء التكاليف الشرعية في العبادات والمعاملات والعقوبات؟

هذا ما نجيب عنه في نظرية الأهلية.

تعريف الأهلية:

الأهلية في اللغة: الصلاحية والاستحقاق، يقال: فلان أهل لهذا العمل أي صالح له وجدير به، ويقال: فلان أهل للإكرام أي مستحق له[1].

والأهلية في الاصطلاح هي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات[2].

شرح التعريف:

١ - **الأهلية صفة**: أي أمر معنوي يتوفر في الإنسان، والصفات المعنوية في الإنسان كثيرة جداً، وقد تثبت له بتقدير الشارع أو بتقدير غيره، ويأتي بقية التعريف لتحديد المقصود من هذه الصفة، ويخرج من التعريف الأمور المادية، ومع كون الأهلية صفة معنوية، ولكنها تتناسب بالزيادة والنقص مع أمر مادي، فترتبط حالات الأهلية وكمالها بالنمو الجسمي والعقلي للإنسان.

٢ - **يقدرها الشارع**: الأهلية تثبت بتقدير الشارع وتحديده، لأن الأحكام الشرعية وما فيها من حقوق وواجبات وصفات تتوقف على ورود الشرع، وتثبت حصراً من قبل الله تعالى، والله عليم حكيم، يمنح الحق، ويبين الأهل له والمستفيد منه والملتزم به، وبالتالي يحدد الله جل جلاله الصفات التي تكون محلاً مناسباً للحقوق والواجبات، ومصدراً صحيحاً للتصرفات، ويبين الأهلية، ويعدد درجاتها.

٣ - **في الشخص**: الأهلية صفة من صفات الأشخاص، ولا تثبت لغير الأشخاص، وهذا اللفظ يفتح المجال لثبوت الأهلية للشخص الحقيقي وهو الإنسان، وللشخص المعنوي، وهو الشخص الاعتباري الذي تثبت له حقوق، وتجب عليه واجبات، وتصدر عمن يمثله أو ينوب عنه تصرفات شرعية صحيحة،

---

(١) المصباح المنير ١/٣٩، القاموس المحيط ٣/٣٣١.

(٢) كشف الأسرار ٤/١٣٥٧، المدخل، شلبي ص ٣٨٢، المدخل الفقهي العام ٢/٧٣٩، أصول الفقه، أبو زهرة ص ٣١٦.

كالوقف والمسجد وبيت المال والمؤسسات والشركات[1].

والأهلية من خصائص الإنسان، أما بقية المخلوقات من جماد وحيوان ونبات فلا تثبت لها أهلية، لأن الخطاب الشرعي موجه إلى الناس في الأوامر والنواهي والتكاليف والحقوق وبقية الأحكام الشرعية.

٤ ـ تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، ويلتزم بالتصرفات، أي أن الأهلية على درجات تصاعدية تخول الإنسان نوعاً من الأحكام الشرعية بحسب كل مرحلة في حياته، فتبدأ الأحكام بإثبات الحقوق له، وفي مرحلة ثانية تثبت له الحقوق، وتثبت عليه بعض الواجبات، وفي مرحلة ثالثة تثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات ، ويصبح أهلاً وصالحاً لصدور بعض التصرفات والمعاملات منه، وفي مرحلة رابعة تثبت له الحقوق وتثبت عليه ويصبح أهلاً لصدور جميع التصرفات والمعاملات منه، بأن يتحمل نتائج الأفعال والأقوال التي تصدر منه، ويكون مسؤولاً عنها، وهذا ما نفصله في أنواع الأهلية.

أنواع الأهلية:

قلنا: إن الأهلية صفة معنوية يقدرها الشارع، وإن تقديرها يتناسب مع النمو الجسمي والاكتمال العقلي، وهذا يفيد أن الأهلية على أنواع ودرجات متفاوتة.

ولذا قسم العلماء الأهلية إلى قسمين أساسيين، وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وكل قسم يتفرع إلى نوعين، ونحن نتناول تعريف كل قسم، مع ذكر العلة التي يقوم عليها، وبيان أنواع كل قسم، وما يتعلق به من أحكام عامة.

أولاً ـ أهلية الوجوب:

تعريفها: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام[2].

---

(١) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٦٤.

(٢) المدخل الفقهي العام ٧٤٢/٢، المدخل شلبي ص ٣٨٣، وانظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٦، مرآة الوصول ص ٣٢١، التلويح على التوضيح ١٥٢/٣.

والإلزام ثبوت الحقوق للشخص، أي أن يكون له حق على غيره، كحق النفقة، وحق الميراث، وحقه في نقل الملكية بالبيع، وحقه في ضمان المتلفات. . وهكذا.

والالتزام ثبوت الحقوق على الشخص، أي وجوب الحق عليه لغيره، كوجوب النفقة عليه إلى أقاربه، والتزامه بضمان الإتلاف والأضرار التي ألحقها بآخر، لأن كل حق يقابله واجب، فالحق الثابت له يكون واجباً على غيره، والواجب المفروض عليه يكون حقاً لغيره.

ونلاحظ أن أهلية الوجوب هي الأساس لثبوت الحقوق، والالتزام بالواجبات، فكل شخص في الكون يثبت له حق ما، أو يترتب عليه التزام ما، يكون متمتعاً بأهلية الوجوب.

وعلة أهلية الوجوب ـ التي توجد بوجودها ، وتعدم بعدمها ـ هي **الصفة الإنسانية** أي أن مناط أهلية الوجوب التي ترتبط بها، وتقوم عليها، هي مجرد اتصاف الشخص بأنه إنسان، ولذلك فإن أهلية الوجوب تصاحب الإنسان منذ أول تكوينه وخلقه جنيناً ثم وليداً، وتستمر معه إلى الوفاة. فإن مات فقدت أهلية الوجوب، وتبقى أهلية الوجوب مصاحبة للإنسان في مختلف أحواله، سواء كان ذكراً أم أنثى، جنيناً أم طفلاً صغيراً، أم بالغاً، ولا تفارقه، مهما طرأت عليه التغييرات أو التطورات خلال حياته، كالجنون والعته والنوم والسكر. . . ، ولا يعتري هذه الأهلية عارض من العوارض، ولا يؤثر عليها إلا الموت الذي يزيلها نهائياً، ويلغي اعتبارها ووجودها.

ولكن هذه الصفة الإنسانية التي تناط بها أهلية الوجوب تحتاج أحياناً لبعض الحقوق فقط، ولا مصلحة لها بباقي الحقوق، بل لا فائدة لها ولا منفعة ولا غاية من إقرار كل الحقوق لها، كما تكون عاجزة عن تحمل الالتزام، وفي هذه الحالة تكون أهلية الوجوب ناقصة، وتقتصر وظيفة الأهلية على العنصر الإيجابي فقط، أما إن شملت أهلية الوجوب جميع الحقوق، وصارت قادرة على تحمل الالتزامات والواجبات وتوفر فيها العنصر الإيجابي والعنصر السلبي، فتكون كاملة، ولذلك تنقسم أهلية الوجوب إلى نوعين:

١ ـ أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص للوجوب فقط، أي بأن تثبت له الحقوق على غيره، وبعبارة أدق أن تثبت له بعض الحقوق فقط دون أن يترتب عليه واجب لغيره، أو الالتزام تجاهه، كالحمل قبل الولادة، فإنه ذو أهلية وجوب ناقصة، وتنحصر أهلية الوجوب الناقصة بالحمل، ولا يشاركه فيها غيره.

والسبب في نقصان أهلية الوجوب أن الصفة الإنسانية للشخص ليست متحققة وكاملة في جميع حياته، لأنه يمر بفترة معينة ولا تتميز فيها الصفة الإنسانية بشكل واضح، ولا تكون كاملة ومستقلة، وهي مرحلة الاجتنان، ويعتبر فيها الشخص جزءاً من أمه وتابعاً لها من جهة، وله صفته الإنسانية من جهة أخرى، لكن وجوده الإنساني مشكوك فيه، لأنه يحتمل الوجود والعدم، فتثبت له بعض الحقوق للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ولا يتوسع بها.

٢ ـ أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أي لثبوت الحقوق له وترتب الواجبات عليه، وبعبارة أدق ثبوت كل الحقوق له، وترتب بعض الواجبات والالتزامات عليه، كالضمان، والنفقة للأقارب، والزكاة عند الشافعية، وبعد البلوغ تثبت عليه جميع الواجبات لأن الشخص البالغ يتمتع بصلاحية التعامل وصحة التصرفات الصادرة عنه.

وتثبت أهلية الوجوب الكاملة للطفل منذ ولادته، وتستمر معه حتى الوفاة، وتتكون هذه الأهلية من العنصر الإيجابي في ثبوت الحقوق له، ومن العنصر السلبي في الالتزام بالواجبات.

ويرتبط بأهلية الوجوب الكاملة المكونة من عنصري الإلزام والالتزام يرتبط بها وصف الذمة، وهو كون الشخص محلاً صالحاً لثبوت الحقوق والالتزام بالديون والواجبات معاً، لأن الذمة تتكون من عنصرين: أحدهما إيجابي، والآخر سلبي، ولا توجد الذمة إلا بوجود هذين الأمرين، ولا توجد الذمة إلا بتكامل أهلية الوجوب[١].

(١) يذكر بعض علماء الأصول أن الذمة ترادف أهلية الوجوب، يقول صدر الشريعة: «فقبل =

ثانياً ـ أهلية الأداء:

وهي صلاحية الشخص لممارسة الأفعال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، وهذا يعني أن أهلية الأداء تجعل الشخص أهلاً للمعاملة بين الناس، وتكون عبارته صالحة لثبوت الحقوق له وثبوت الحقوق عليه، وممارسته الأسباب الشرعية التي يرتب عليها الشارع أحكاماً وحقوقاً وواجبات والتزامات، سواء أكانت هذه الأسباب قولية، كالبيع والشراء والنكاح والهبة والإقرار، أم كانت فعلية كالاستلام والتسليم والدفع وغيرها[1].

وتتوقف على توفر أهلية الأداء جميع المعاملات والتصرفات، القولية والفعلية، كما يتوقف عليها صحة التكليف بالأحكام الشرعية من عبادات واعتقاد وأخلاق وعقوبات ومسؤولية في الدنيا والآخرة[2].

والأصل في أهلية الأداء **العقل** الذي يجعل صاحبه يميز بين التصرفات النافعة والضارة، ويدرك الصالح والفاسد، ويخوله قوة الفهم لمعرفة مقاصد العبارات وإدراك الثمرات، والقيام بالواجبات، والسعي للسعادة ومراضاة الله في الدنيا والآخرة، **فالعقل هو الأداة لفهم النصوص وإدراكها**[3].

قال الآمدي: «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً،

= الولادة له ذمة من وجه يصلح ليجب له الحق لا ليجب عليه، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة»، والواقع أنها ترادف أهلية الوجوب الكاملة، انظر: نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص ٢١٠، التلويح على التوضيح ١٥٢/٣، مرآة الوصول ٣٢١، تيسير التحرير ٢٤٩/٢، المدخل الفقهي العام ٧٤٤/٢، الملكية ونظرية العقد ص ٢٦٣، قارن المدخل، للشلبي ص ٣٨٣.

(١) المدخل الفقهي العام ٧٤٤/٢، المدخل، الدكتور عبد الرحمٰن الصابوني ٣٨٧/٢، الملكية، أبو زهرة ص ٢٦٢، مرآة الوصول ص ٣٢١، التلويح على التوضيح ١٥٢/٣.

(٢) الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣٢١.

(٣) يعرف منلا خسرو العقل فيقول: «والمختار أنه قوة للنفس، بها تكتسب العلوم» مرآة الوصول له ص ٣١٨، وانظر: التلويح على التوضيح ١٤٢:٣، الملكية، أبو زهرة ص ٢٧١، تيسير التحرير ص ٢٤٦/٢.

لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال»[1].

وبما أن **العقل خفي لا يدرك بالحس**، وأنه يتفاوت من شخص إلى آخر، وأنه يتطور وينمو ويتدرج من العدم إلى الكمال في الشخص الواحد، لذا ربط الشارع التكليف وأهلية الأداء بأمر ظاهر منضبط يُدرك بالحس، ويدل على تحقيق المستوى العقلي المطلوب للقدرة على فهم الخطاب، **وهو البلوغ**، إقامة للسبب الظاهر مقام حكمه؛ لأن الأحكام الشرعية تعتمد على الأمور الظاهرة، ولا تناط بالأمور الخفية أو المحتملة أو المتغيرة، ولذلك ربطت أهلية الأداء بالبلوغ أو السن أو العلامات الجسمية التي تشير إلى اكتمال النمو وتوفر العقل، لأن البلوغ مظنة العقل وكمال الإدراك[2].

يقول ابن عبد الشكور: «العقل شرط التكليف، وذلك متفاوت في الشدة والضعف، ولا يناط التكليف بكل قدر من العقول، بل رحمة الله اقتضت أن يناط بقدر معتد به فأنيط بالبلوغ عاقلاً، لأنه مظنة كمال العقل، فالتكليف دائر عليه وجوداً وعدماً، لا على كمال العقل ونقصانه، كالسفر أنيط به الحكم لكونه مظنة المشقة، والمشقة أمر غير مضبوط، فالحكم دائر عليه وجوداً وعدماً، وجدت المشقة أم لا»[3].

فمناط أهلية الأداء هي العقل، ولكن العقل يبدأ بالنمو والظهور شيئاً فشيئاً، وتتوفر في الشخص بعض صفات العقل في مرحلة سابقة عن البلوغ، وهي مرحلة التمييز التي يميز فيها الصغير ـ تقريباً ـ بين النافع والضار، والحسن والقبيح، والمنفعة والمضرة، ولذلك أجاز الجمهور للصغير المميز أن يمارس بعض التصرفات لتوفر أهلية الأداء بشكل ناقص عنده، أما الصغير غير المميز فلا

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام له ١/١٣٨.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم ٥/٦٨٧، أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٤١٣، مرآة الأصول ص ٣١٩ طبعة ١٢٩٦، الإحكام، الآمدي ١/١٣٩، تيسير التحرير ٢/٢٤٨، تسهيل الوصول ص ٢٩٧، فواتح الرحموت ١/١٥٤، التوضيح على التنقيح ٣/١٥٠، علم أصول الفقه، خلاف ص ١٥٤.

(٣) فواتح الرحموت ١/١٥٤.

يملك التمييز بين النافع والضار، فتكون أهلية الأداء عنده معدومة، ولا تعتبر تصرفاته شرعاً.

ونلاحظ أن أهلية الأداء تكون على ثلاث حالات[1] وهي:

١ ـ **أهلية الأداء المعدومة** في حال فقدان العقل والتمييز، كالصغير غير المميز والمجنون والسكران وغيرهم، وانعدام أهلية الأداء تعني أن الشخص ليس أهلاً للمعاملة بين الناس أو لاستعمال الحقوق الثابتة له أو التصرف فيها.

٢ ـ **أهلية الأداء الناقصة**: وتثبت للصغير المميز من السابعة حتى البلوغ، لأنه يملك ـ من جهة ـ أصل التمييز، لكنه يفقد ـ من جهة أخرى ـ كمال العقل وتمام التمييز وبعد النظر ودقة التفكير في عواقب الأمور، لصغره أو لنقص عقله.

٣ ـ **أهلية الأداء الكاملة**، وتثبت للشخص اعتباراً من البلوغ، وتستمر معه إلى الوفاة إلا إذا طرأ عليه عارض يفقده العقل، أو جزءاً منه.

ويتعلق بأهلية الأداء الكاملة التكليف الذي يجعل الشخص مسؤولاً تجاه ربه عن الأوامر والنواهي، والقيام بالواجبات، والابتعاد عن المحرمات، والالتزام بأحكام الشرع بشكل كامل، ليجزى عن عمله إن خيراً فخير، وإن شراً فشر[2].

أهلية الإنسان بحسب أطوار حياته:

إن الإنسان له في كل طور أهلية خاصة تخوله الصلاحية: إما لثبوت الحقوق له، أو لثبوت الواجبات عليه، أو لصدور التصرفات والأفعال منه، أو لجميع هذه الأمور.

---

(١) خالف الشافعية في ذلك، وقالوا: إن للأهلية حالتين، إما أن تكون معدومة في الإنسان حتى يبلغ، وإما أن تكون كاملة بعد البلوغ والعقل، إلا إن طرأ على البالغ أحد عوارض الأهلية فتكون أهليته ناقصة في هذه الحالة فقط كالمعتوه والمحجور عليه لسفه أو تبذير أو غفلة.

(٢) تيسير التحرير ٢/٢٥٣، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٢٧٣، أصول البيوع الممنوعة ص٢٢.

وإن خَلْق الإنسان يمر بمراحل، وإن حياته تتطور من مرحلة إلى أخرى، بحسب نموه الجسمي مع مرور الزمن، وتقدم السن، ويقترن النمو الجسمي ـ غالباً ـ بالنمو العقلي، وبناء على هذه الحالات الجسمية وأطوار الحياة، فإن الفقهاء وضعوا أربع مراحل للإنسان، وبينوا في كل مرحلة مقدار الأهلية ونوعيتها التي تتناسب مع تطور الجسم والعقل، وفصلوا صلاحية الشخص في كل مرحلة لممارسة الحقوق وصدور الأقوال والأفعال عنه.

أولاً ـ أهلية الجنين:

يتمتع الجنين بأهلية وجوب ناقصة، فتثبت له بعض الحقوق، ولا تجب عليه الواجبات أو الالتزامات مطلقاً.

والعلة في ثبوت الأهلية له أنه يتمتع بالصفة الإنسانية، وثبتت له الحياة الخاصة، ويعتبر إنساناً منذ تكوينه ونشوئه في رحم أمه، وأنه على وشك الظهور والوجود، فثبتت له أهلية الوجوب التي مناطها الصفة الإنسانية.

والسبب في نقصان أهلية الوجوب له أنه يحتمل الوجود والعدم، فقد يكون حملاً وقد يكون انتفاخاً، ويحتمل ثبوت الحياة له وبقاء الحياة إلى الولادة، ويحتمل فقدان الحياة ليولد ميتاً، لهذه الاحتمالات لم تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، ولم يتوسع الفقهاء في منحه الحقوق إلا بمقدار الضرورة والحاجة، والضرورة تقدر بقدرها ولا يتوسع فيها، كما أن الجنين في بطن أمه يُعتبر جزءاً منها فيتحرك بحركتها، وينتقل معها، ولا يعتبر مستقلاً عنها، ولكنه ـ مع ذلك ـ على استعداد للانفصال والاستقلال عنها، ولذلك تثبت له بعض الحقوق دون الواجبات؛ لأن الحق يثبت مع الشبهة والاحتمال، أما الواجبات والالتزامات فيجب أن يعرف الملتزم بها؛ لأن التكليف بالواجب والالتزام لا يتعلق بالوهم والخيال، ولا يناط بأمر محتمل، ولا تعتريه الشبهات، لذلك تثبت له بعض الحقوق الضرورية التي تناسبه في هذه المرحلة، ولا يتوسع الشارع في منحه المزيد من الحقوق أو تكليفه ببعض الواجبات؛ لأن الواجب لا بد أن يعرف الملتزم به بدقة، وأن يكون محدداً بذاته، وأن يكون موجوداً حقيقة، والجنين لا تتوفر فيه هذه الصفات، ولذلك تقتصر صلاحيته على أهلية الوجوب الناقصة.

والحقوق التي تثبت للجنين هي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، وهي:

١ ـ **النسب**: يثبت نسب الجنين من أبيه وأمه وهو في بطن أمه، لأن الأصل في ثبوت النسب عقد الزوجية لقوله ﷺ: (الوَلَدُ للفِرَاش)[١].

٢ ـ **الإرث**: يثبت للجنين حق الإرث من أقربائه الذين يرث منهم، فإذا مات أحد أقارب الجنين أثناء الحمل فتوزع التركة على الورثة، ويوقف للجنين حصته من الإرث مع المراعاة أو الاحتياط للاحتمالات المتعددة للجنين في كونه ذكراً أو أنثىٰ، واحداً أو أكثر، كما هو مفصل في كتب الفقه وكتب الفرائض والمواريث.

٣ ـ **الوصية**: تصح الوصية للجنين وهو في بطن أمه، ويوقف المال الموقوف أو الموروث إلى ولادته حياً.

٤ ـ **الوقف**: يستحق الجنين ما يوقف عليه، سواء كان الوقف خيرياً، أم ذرياً بأن يوقف الشخص المال على أولاده وأولاد أولاده من ذريته.

٥ ـ **الإقرار بالحقوق** بشرط أن يبين المقر سبباً صالحاً وصحيحاً للإقرار بأن يقر له بميراث أو وصية أو بوقف أو بسبب إتلاف لماله، أما إن أقر له لقرض أو دين من معاملة فلا يقبل الإقرار، ولا يثبت الحق له[٢]

وهذه الحقوق التي يستحقها الجنين لا تثبت حالّة له، وإنما تثبت معلقة على شرط الولادة حياً، فإن ولد حياً استقرت له هذه الحقوق بشكل جازم وبات، وتثبت له بأثر رجعي منذ وقت الاستحقاق، وتكون الزوائد والمنافع له؛ لأن ولادته حياً أكدت بشكل قطعي وجازم وجوده عند ثبوت الحق له، أما إذا ولد ميتاً فتعود الحقوق إلى أصحابها بأثر رجعي، أي أنها لا تثبت للجنين ثم تعود إلى غيره، وإنما يعتبر الجنين كأن لم يكن أصلاً[٣].

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن عدد من الصحابة، الفتح الكبير (٣٠٨/٣).

(٢) قرر بعض شراح القوانين في العصر الحاضر ثبوت الهبة للجنين، بشروط معينة قياساً على الوقف والوصية، (انظر: الأحوال الشخصية، السباعي والصابوني ص ١٠٦).

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٧٥٠، المدخل، شلبي ص ٣٨٥، الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣١٩، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٨، مرآة الوصول ص ٣٢٢، =

ثانياً ـ أهلية الصغير غير المميز:

إذا انفصل الجنين عن أمه بالولادة حياً أصبح إنساناً كامل الإنسانية، وله شخصية مستقلة عن أمه، ويتمتع بكيان خاص بذاته، وتثبت له أهلية الوجوب الكاملة، فيصبح أهلاً لثبوت الحقوق له، وتترتب الواجبات عليه، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء مطلقاً، لأنها تناط بالعقل والتمييز والإدراك، وتكون أهلية الأداء معدومة لفقدان هذه الصفات، فلا يصلح لصدور التصرفات والعقود منه مطلقاً، ولا يمكنه استعمال الحقوق أو التصرف فيها، وإن صدر منه قول كالبيع والإجارة، أو فعل كالتسليم أو الاستلام أو القبض، فإنه باطل، ولا يعتبر شرعاً، ويقوم بالنيابة عنه في حفظ أمواله والتصرف بها واستغلالها وشراء ما يلزمه، وفي مباشرة العقود والتصرفات، يقوم عنه وليه أو وصيه ـ كما سنرى في الولاية والنيابة.

وتمتد هذه المرحلة من الولادة إلى سن التمييز التي قدرها العلماء بسبع سنوات، وبعد هذه السن تبدأ أهلية الأداء في الظهور والوجود، أما أهلية الوجوب الكاملة فتستمر معه حتى الوفاة، لأن مناطها الصفة الإنسانية، وهي ملازمة له ما دام على قيد الحياة[1].

أما التكاليف الشرعية من عبادات وعقيدة وأخلاق وعقوبات مدنية وغيرها فلا يكلف بها الصغير؛ لأنها تجب على المكلف، وهو البالغ العاقل، وتتوقف على القدرة الجسدية للأداء، وكل ذلك مفقود عند الصغير.

ويتعلق بأهلية الوجوب الكاملة للصغير غير المميز ما يلي:

أ ـ ثبوت جميع الحقوق له، فيملك ما يشتري له وليه، أو يُوهب له، كما يقوم عنه وليه أو وصيه بإنشاء جميع العقود التي تعود عليه بالنفع غالباً كالبيع والقرض والرهن والصلح والإجارة والقسمة، وتثبت له جميع الحقوق

= التلويح على التوضيح ٣/١٥٦، تيسير التحرير ٢/٢٥٠.

(١) التلويح على التوضيح ٣/١٥٦، تيسير التحرير ٢/٢٥٠، الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣٢١، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٦٨، المدخل، شلبي ص ٣٨٥، المدخل الفقهي العام ٢/٧٥٤.

الناشئة عنها، ويلتزم ـ بذاته ـ بجميع الواجبات المترتبة عليها، لكن يقوم عنه الولي أو الوصي بالأداء والتنفيذ.

ب ـ يتعلق بأهلية الوجوب الكاملة للصغير غير المميز بعض الواجبات التي تتناسب معه، وهي في معظمها واجبات مالية تتعلق بماله وذمته، لأن الذمة تتعلق بأهلية الوجوب الكاملة، ويصبح الصغير ذا ذمة مالية تستقر فيها الواجبات، وتتعلق بها الالتزامات التي يمكن الأداء عنه بها.

وأهم هذه الواجبات المالية هي:

١ ـ النفقة الواجبة لأقاربه الفقراء كالآباء والإخوة، لأن هذه النفقة تعتمد على الغنى، وتهدف إلى صلة الرحم، وتمتين أواصر المحبة والتعاون والتضامن بين أفراد الأسرة، ويستوي فيها الكبير والصغير، ونفقة الفقير على قريبه الغني مما أولته الشريعة الغراء الأهمية والتأكيد، لتأمين التكافل بين أفراد الأسرة، وصيانتها عن التفكك والانحلال والضعف، ومنع تسرب العداوة والبغضاء والحقد والحسد والتنافس فيما بين الأفراد، والأسرة عماد المجتمع والأمة.

٢ ـ ضمان المتلفات التي يتسبب بها الصغير غير المميز بالجناية على النفس والمال كإتلاف مال غيره، والاعتداء على النفس أو ما دونها، فيجب عليه الضمان والدية أو الأرش أو حكومة العدل، كما سبق في نظام العقوبات.

ويميز الفقهاء بين الأفعال التي يباشرها الصغير بنفسه ويجني فيها على حق أو نفس، وبين الأفعال المدنية التي تكون بتسليط من غيره كتسلم البيع أو القرض أو الوديعة التي يسلمها البائع أو المقرض أو المودِع للطفل، فيعتبر هذا التسلم باطلاً، وإذا تلف المال بيده بتعد أو تقصير فلا يضمن، لأن التقصير على المالك الذي قصر في حق نفسه، وسلط الصغير على ماله فيكون مسؤولاً عن فعله وتقصيره.

كما يفرق الفقهاء بين وجوب الضمان على الصغير وعدم وجوب العقوبة البدنية عليه؛ لأن الصغير ليس أهلاً للتكليف والعقوبة البدنية؛ لأنها تعتمد على البلوغ والعقل، أما الضمان فإنه يترتب على الفعل الضار دون نظر إلى الفاعل، ودون توقف على العقل أو البلوغ أو التمييز، وإنما يعتمد الضمان على كمال

أهلية الوجوب، وتوفر الذمة التي تثبت بها الواجبات والديون، وهذه الأهلية كاملة في الصغير غير المميز.

٣ ـ العوض المالي في المعاملات المالية التي يقوم بها الولي أو الوصي في أموال الصغير عن طريق المعاوضات، فكل ما ينشأ عن هذه التصرفات تثبت في ذمة الصغير وتدفع من ماله، كثمن ما يشترى له وأجرة ما يستأجر له وبدل الصلح ومهر نكاحه ونفقة زوجته، وغيره مما أجاز الشارع للولي أو الوصي أن يقوم به، وكذا يلتزم الصغير غير المميز بجميع الأموال التي تنفق على أملاكه.

٤ ـ المؤونة المالية التي تثبت على أموال الصغير، كالعُشْر على الزرع، والخَراج على الأرض، ومثل الضرائب المفروضة على أمواله فتثبت في ذمته، ويجب عليه أداؤها، ويلتزم بها، ويقوم الولي أو الوصي بالنيابة عنه بدفعها وأدائها؛ لأن هذه الفرائض والضرائب تتعلق بالمال، وتجب مؤونة لحفظ المال وبقائه وصيانته، ويعتمد عليها بيت المال أو خزينة الدولة بين الموارد التي ترصد لأعمال الدولة والمؤسسات والمشاريع.

واختلف الأئمة في صفة بعض الواجبات المالية التي تتضمن ناحية العبادة والناحية المالية، هل تعتبر تكاليف شرعية ولا تجب على الصغير؟ أم تعتبر مؤونة مالية وتجب على الصغير؟.

مثلاً اختلفوا في طبيعة الزكاة، فقال الحنفية: إنها عبادة مالية فلا تجب على الصغير، وقال الأئمة الثلاثة: إنها مؤونة مالية فتجب في مال الصغير، ويخرجها عنه الولي أو الوصي، ومثل زكاة الفطر، فقال محمد وزفر: إنها عبادة، ولا تجب على الصغير، وقال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف والأئمة الثلاثة: إنها مؤونة مالية، وتخرج من مال الصغير[1].

---

(١) مرآة الوصول ص ٤٢٢، التلويح على التوضيح ٣/١٥٧، ١٥٨، الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي ١/١٣٩، تيسير التحرير ٢/٢٥١، المدخل الفقهي العام ٢/٧٥٨، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٦٨ وما بعدها، الأموال، موسى ص ٣٢٠، والمراجع السابقة، صفحة ١٣٩ هامش ١، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص ١٦٤.

ثالثاً ـ أهلية المميز:

الصغير المميز هو الذي بلغ سناً تمكنه من التمييز بين معاني ألفاظ العقود في الجملة، ويعرف المراد منه عرفاً، ويدرك أسس التعامل العامة، وحدد العلماء هذه السن بأنها بين السابعة والبلوغ.

والصغير المميز يتمتع بجميع الحقوق والالتزامات السابقة التي تثبت للصغير غير المميز، ولكن نظراً لظهور علامات التمييز والعقل عنده، فإنه يزيد على الصغير غير المميز بتوفر أهلية الأداء الناقصة عند جمهور الفقهاء، فتكون بعض تصرفاته معتبرة شرعاً، ليتعود عليها، ويتمرن على شؤون الحياة، وممارسة البيع والشراء، وسائر التصرفات، وتكون أهلية الأداء ناقصة لقلة خبرته وتجربته وضعف إدراكه لأبْعاد التصرفات في المستقبل، خلافاً للشافعية الذين يسوون بين أهلية غير المميز وأهلية المميز، ويجعلون أهلية الصغير واحدة، وأن حاجته للتمرين وممارسة الأعمال لا تقتضي أن تعتبر لتصرفاته، وإنما يتمرن بها، وعند العقد يقوم الولي أو الوصي بالعقد.

والأصل في التمييز إدراك المعاني، ومعرفة النافع من الضار، والمصلحة من المفسدة، وهذه الصفات لا ترتبط بسن معينة، وتختلف من شخص إلى آخر، فأناط الشارع الحكم بسن معينة حتى لا تضطرب الأحكام، أو تناط بأمور خفية أو متغيرة، وحددوا سن التمييز في السنة السابعة من العمر.

وتنقسم التصرفات بالنسبة للصبي المميز عند الجمهور إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ **تصرفات صحيحة ونافذة**: وهي التصرفات النافعة له نفعاً محضاً في حقيقتها ووجودها، مثل قبول الهبة والوصية والكفالة بالدين.

فمتى صدرت من الصغير المميز هذه الأفعال كانت صحيحة ونافذة، ولا تحتاج إلى إجازة الولي أو الوصي.

٢ ـ **تصرفات باطلة**: وهي التصرفات الضارة بالصغير المميز ضرراً محضاً، مثل التبرع بماله والهبة والوقف والقرض وكفالته للدين أو بالنفس والطلاق.

فهذه التصرفات لا تنعقد أصلاً، وتقع باطلة، ولا يتوقف بطلانها

على رأي الولي أو الوصي، ولا تقبل الإجازة من الولي أو الوصي، كما لا تقبل الإجازة من الصغير المميز بعد البلوغ، لأن الباطل لا يقبل الإجازة، كما سبق في نظرية البطلان.

واختلف العلماء في وصية المميز، لأنها من حيث الظاهر إعطاء للمال من غير عوض، فهي تبرع، لكنه معلق على الموت أو مضاف إلى ما بعد الموت، فقال الحنفية والراجح عند الشافعية: إنها باطلة صيانة لحق الورثة، وقال الشافعي في قول ومالك بجواز الوصية من الصغير المميز، لأنها توزع في وجوه البر، وتشجع على الإنفاق والتصدق في سبيل الله، وأنها لا تضر المميز، لأنها تنفذ بعد وفاته، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصية صغير يافع[1].

٣ - **تصرفات موقوفة**: وهي التصرفات المحتملة للنفع والضرر، بأن تحتمل الربح والخسران، كالبيع والإجارة والزواج والمزارعة والشركات وغيرها.

فهذه التصرفات منعقدة وصحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة الولي الذي يتأكد منها، فإن وجدها نافعة ومحققة للربح أجازها وأقرها فتنفذ، وإن وجدها ضارة وتؤدي إلى الخسران أبطلها وصارت كأن لم تكن، ولا يصح إجازتها من المميز بعد البلوغ.

والمعتمد في هذا القسم هو طبيعة العقد وموضوعه الأصلي، وأن الإجازة تكون ممن يملك إنشاء العقد وإنفاذه ابتداء، سواء كانت من الولي أو الوصي أثناء الصغر، أو من الصغير بعد البلوغ.

والحكمة من تقسيم التصرفات بالنسبة للمميز بهذا الشكل أن الصغير في

---

(١) المدخل الفقهي العام ٧٦٦/٢، ويرى الأستاذ الزرقا أن وصية المميز عند الحنفية يجب أن تكون موقوفة على إجازة الورثة، لحماية حقهم، بينما تصرِّح كتب الحنفية بالبطلان. وانظر: الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣٢٢، الولاية على النفس والمال، للشيخ أحمد هريدي ص ٧، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٧٢، ٢٨٩، المدخل، شلبي ص ٢٨٥، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٩، التلويح والتوضيح ١٦١/٣، تيسير التحرير ٢٥٦/٢.

مرحلة التمييز تبدأ عنده براعم الوعي والعقل والإدراك، ويستطيع أن يميز بين النافع والضار، ولكن هذا التمييز غير كاف ولا كامل، كما أنه بحاجة للتمرين وممارسة الأعمال والتعود على شؤون الكبار ليستقبل حياته ومسؤوليته عند البلوغ استقبالاً حسناً، مزوَّداً بالخبرة والتجربة والاستعداد لتحمل تبعة الحياة ومسؤولية التصرفات وتكاليف الأحكام الشرعية، فما كان من التصرفات نافعاً فهو صحيح ونافذ، وما كان ضاراً فهو باطل، وما كان محتملاً توقف على إجازة الولي للتأكد من صلاحه ونفعه وفائدته.

وأحكام الصغير المميز في التصرفات السابقة قال بها الحنفية بإطلاق، سواء فيما أذن له الولي أو الوصي، أو فيما لم يأذن له به، ووافقهم عليها المالكية، أما الحنابلة فقد أيدوا تصرفات المميز، ولكنهم قيدوا صحة التصرفات في الحدود التي يأذن بها الولي أو الوصي للصغير[1].

أما الشافعية فاعتبروا جميع تصرفات الصغير باطلة وغير منعقدة، سواء أكان مميزاً أم غير مميز، وسواء أذن له الولي أو الوصي بالتصرف أو لم يأذن له، لأن عبارة الصغير غير معتبرة، وقرنوا بين صحة التصرفات المالية وبين صحة التكاليف الشرعية، وأن صحة التصرفات والتكاليف تتوقف على البلوغ والعقل، وبناء على رأي الشافعية فإن أهلية الأداء الناقصة لا تثبت للصغير المميز، وإنما يلحق بالصغير غير المميز، وتكون أهلية الأداء عندهما معدومة، لقوله ﷺ: «رُفِعَ القلمُ عن ثلاثٍ: عن النائمِ حتى يَسْتيقظ، وعن الصَّبي حتى يَحْتَلِم، وعن المجنون حتى يَفِيق»[2].

---

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شلبي ص ٣٨٧ وما بعدها، والمراجع السابقة. ويرى الحنفية صحة الإيمان والكفر والصلاة والصوم من الصغير المميز، ولكن لا يلزمه الأداء، انظر: مرآة الوصول ص ٣٢٤، ٣٢٩، فواتح الرحموت ١/١٥٣، ١٥٦، تيسير التحرير ٢/٢٤٨، ٢٥١، التلويح على التوضيح ٣/١٥١، ١٥٨، وقارن الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي ١/١٣٩، إرشاد الفحول ص ١١، المسودة ص ٣٥،

(٢) رواه الترمذي وابن ماجه والحاكم عن علي رضي الله عنه، (الفتح الكبير ٢/١٣٥).

رابعاً ـ أهلية البالغ العاقل:

يتمتع البالغ في هذه المرحلة بأهلية الوجوب الكاملة، كما كان سابقاً، ويزيد على ذلك أنه يتمتع بأهلية الأداء الكاملة، فتكون جميع تصرفاته معتبرة في نظر الشارع، فتثبت له جميع الحقوق، ويلتزم بنفسه، أو يلزم شرعاً، بجميع الواجبات المالية والتكاليف الشرعية، وتعتبر جميع تصرفاته نافذة، وترفع عنه الولاية أو الوصاية، ويصبح الشخص حراً في نفسه، طليقاً في أمواله، أهلاً للتعامل والتصرف والانتفاع والاستغلال.

والأصل في البلوغ نضوج الجسم واكتمال الحواس والغرائز وظهور علامات الرجولة أو الأنوثة، بأن يصل كل من الفتى والفتاة إلى الحد الذي يصلحان فيه للتناسل، ويقترن مع البلوغ ـ في الغالب ـ العقل وتوفر ملكة التفكير والرأي والتمييز والإدراك والوعي.

وعلامات البلوغ الطبيعي بالنسبة للغلام هي الإحبال أو الإنزال بالاحتلام أو بغيره، وبالنسبة للفتاة الحبل أو الحيض أو الإحساس بالشهوة، وأقل مدة تظهر فيها هذه العلامات في الغالب هي اثنتا عشرة سنة للغلام، وتسع سنين بالنسبة للفتاة، وتسمى هذه المرحلة بالمراهقة.

والأدلة على تحقق البلوغ بالعلامات الطبيعية واكتمال أهلية الأداء وتوفر شرط التكليف بالشخص كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وإذا بَلَغَ الأطْفال مِنْكم الحُلُم فْليَسْتأذِنُوا كما استأذنَ الذينَ من قبلِهم﴾ (سورة النور) الآية: ٥٩، فعلق وجوب الاستئذان المكلف به الكبار على بلوغ الأطفال الحلم، بينما بين القرآن الكريم حكم الاستئذان للأطفال بأنه يختلف عن استئذان الكبار، وأنه يقتصر على ثلاث مرات في اليوم، وجعل الحد الفاصل بين الحكمين هو بلوغ الحلم، فقال تعالى: ﴿يا أيُّها الذين آمنُوا ليستأذنْكُم الذينَ ملكتْ أيمانُكم والذينَ لم يبلغُوا الحُلمَ منكم ثلاثَ مراتٍ﴾ (سورة النور) الآية: ٥٨، وقال رسول الله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثٍ: عن النائم حتى يَسْتيقظ، وعن الصبي حتى يَحْتلم، وعن المجنون حتى يَعْقل»[1]، فالحديث يبين أن الصغير لا يكلف، ولا يعتبر كامل

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم، (الفتح الكبير ٢/١٣٥).

الأهلية إلا بعد الاحتلام، وهذا عند الشاب، ويقابله الحيض عند الفتاة لقوله ﷺ: «لا يَقْبَل الله صلاةَ حائضٍ إلا بخِمارٍ»[1]، أي لا يقبل صلاة المرأة البالغة التي وصلت إلى سن المحيض إلا بستر الشعر، فعلق الحكم على بلوغ سن المحيض، واستعمل اللفظ المشتق وهو اسم الفاعل، وتعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلة الحكم.

فإن تأخر النضج الجسمي، ولم تظهر علامات البلوغ الطبيعية بالاحتلام أو الحيض فيقدر البلوغ بالسن.

ولكن الأئمة اختلفوا في التقدير بالسن، فذهب الجمهور، وهم الشافعية والحنابلة والمالكية والصاحبان من الحنفية والمتأخرون في المذهب الحنفي، وهو المفتى به عندهم، ذهبوا إلى أن سن البلوغ هي خمس عشرة سنة للصبي والفتاة، بينما قدره الإمام أبو حنيفة بسبعة عشرة سنة للأنثى وثماني عشرة سنة للصبي، وسوَّى ابن حزم السن بين الرجل والمرأة، وأنه تمام الثماني عشرة سنة[2].

والبلوغ بالعلامات أو السن ليس مقصوداً لذاته، وإنما وضع علامة على وجود العقل، وتوفر الإدراك والتمييز والوعي؛ لأن الغالب أن يقترن البلوغ بالعقل، فإن تحقق البلوغ وتخلف الأصل بأن يبلغ الشخص جسمياً مع فقدان العقل فلا تثبت له أهلية الأداء الكاملة، ولا يكلف بالأحكام الشرعية، كالمجنون البالغ.

ويشترط لثبوت أهلية الأداء الكاملة للبالغ أن يبلغ رشيداً، فإن فقد الرشد المشروط بأن يبلغ غير رشيد، بأن تظهر عليه أمارات النقص، وسوء التصرف بالأموال أو التبذير فيها، ووضعها في غير موضعها، وإنفاقها بالطرق التي لا يقرها العقل والشرع، فلا يعتبر رشيداً، وتبقى أهلية الأداء ناقصة، ولا تسلم له أمواله،

---

(١) رواه أبو داود والحاكم عن عائشة رضي الله عنها، (الفتح الكبير ٣/٣٦٧).

(٢) الإحكام، ابن حزم ٥/٦٨٧، مباحث الحكم ص ٢٦٢، المدخل، شلبي ص ٣٨٨، الأموال، موسى ص ٣٢، الولاية على النفس والمال ص ٢٠، المدخل الفقهي العام ٢/٧٧٧.

لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى، حتىٰ إذا بَلَغُوا النكاح، فإن آنسْتُم منهم رُشْداً فادْفَعُوا إليهم أموالَهم﴾ (سورة النساء) الآية: ٦، وقال تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السفهاءَ أموالَكم التي جَعَلَ الله لكم قِياماً﴾ (سورة النساء) الآية: ٥.

عـوارض الأهليـة:

تثبت أهلية الوجوب كاملة للإنسان بالولادة، وتلازمه طول حياته، وتظل موجودة ومتوفرة في جميع الأحوال، ولا تتعرض للعوارض أو النقص أو الهدم إلا بالموت وانتهاء الحياة.

وتنحصر عوارض الأهلية في أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء تناط في الأصل بالعقل والتمييز، وأقيم البلوغ للدلالة على العقل، ودلالة البلوغ على العقل والتمييز ليست قطعية، وإنما تفيد غلبة الظن، لإمكان تحقق البلوغ وتخلف العقل والإدراك والتمييز.

فإن ثبت بدليل أقوى أن العقل تأخر عن البلوغ، وأن التمييز مفقود، فإن الشريعة ترجح الجانب الأقوى، وتحجب أهلية الأداء الكاملة عن الشخص الذي بلغ سفيهاً أو ضعيف الرأي والفهم والتقدير، أو بلغ مجنوناً، أو بلغ عاقلاً ثم جُنَّ.

كما أنه لا تلازم بين البلوغ والعقل، فقد ينفصلان لسبب من الأسباب التي تعترض حياة الإنسان فتفقده العقل كله أو بعضه، كالجنون والعته، وقد تفقد العقل مؤقتاً كالجنون المتقطع، وقد تتوقف الملكات العقلية لفترة بسبب طبيعي، دون أن يؤثر على العقل، ولكن تشل فعاليته، ويتوقف عن العمل بسبب النوم أو السكر أو الإغماء.

وهذه الحالات التي تعترض حياة الإنسان، وتؤثر في عقله وتمييزه، تصيب أهلية الأداء وتؤثر عليها بالنقصان أو الفقدان، وهذه الأسباب والطوارىء تسمى عوارض الأهلية.

وقد توسع علماء الأصول في عوارض الأهلية، وذكروا بعض الحالات التي لا تؤثر حقيقة في أهلية الأداء كالحيض والنفاس والسفر، أو تكون سابقة لأهلية الأداء، كالصغر، فإنه موجود قبل وجود أهلية الأداء، ولا يصح تسميته

عارضاً، وكالموت الذي يهدم الشخصية نهائياً، ويزيل الكيان البشـري من الوجود[1]، ونكتفي هنا بدراسة العوارض التي تطرأ على أهلية الأداء بعـد وجودها، وأهم هذه العوارض:

١ ـ الجنون	٤ ـ النوم	٧ ـ الغفلة
٢ ـ العته	٥ ـ الإغماء	٨ ـ الدَّيْن
٣ ـ السكر	٦ ـ السفه	٩ ـ مرض الموت.

أنواع عوارض الأهلية:

وهذه العوارض تصنف إلى قسمين، وذلك إما أن تكون **سماوية**، بأن تصيب الإنسان من الله سبحانه وتعالى ولا كسب للإنسان فيها، ولا اختيار له في وقوعها، وأهمها الجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء، وإما أن تكون العوارض **كسبية**، تقع بفعل الإنسان وكسبه واختياره، وأهمها السكر والسفه والإكراه[2].

كما أن العوارض تنقسم بحسب تأثيرها على الأهلية إلى ثلاثة أقسام، وهي:

أ ـ **العوارض التي تعرض لأهلية الأداء فتزيلها أصلاً**، كالجنون والنوم والإغماء والإكراه، ويصبح الشخص في هذه الحالات عديم الأهلية تماماً، ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي، وتنعدم عنده التكاليف، ويصبح الشخص كالصغير غير المميز، ويأخذ أحكامه.

ب ـ **العوارض التي تنقص أهلية الأداء**، ولا تزيلها نهائياً، كالعته، فإذا أصاب البالغ العاقل عته فلا تزول أهلية الأداء بل تنقص، وتصح منه التصرفات النافعة دون غيرها، ويصبح حكمه كالصبي المميز، ومثله السفه عند الجمهور.

---

(١) كشف الأسرار ١٣٨٣/٢، مرآة الوصول ص ٣٢٨، ٣٣٨، ٣٤٠، ٣٥٧، التلويح على التوضيح ١٧٣/٣، تيسير التحرير ٢٥٨/٢، ٢٨٠، المدخل، شلبي ص ٣٩٢، الأموال، موسى ص ٣٢٧، أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٤٢٢، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور وهبة الزحيلي ص ١٦٦.

(٢) مرآة الوصول ص ٣٢٦، تيسير التحرير ٢٥٨/٢.

جـ - **العوارض التي لا تزيل أهلية الأداء نهائياً، ولكنها تؤثر على بعض التصرفات**، وتغير بعض الأحكام لمصلحة الشخص أو لمصلحة غيره، أو لمصلحة المجتمع عامة، كالغفلة والدين ومرض الموت والسفه والسكر عند بعض العلماء، فإذا أصاب المكلف سفه أو غفلة أو دين ولا يؤثر ذلك على أهليته، فلا تزول ولا تنقص، ولكن تتغير بعض الأحكام الناشئة عن تصرفاته، كالحجر على التصرفات المالية بالمعاوضة والتبرع، للمحافظة على ماله حتى لا يبقى عالة على غيره، أو للمحافظة على حقوق الدائنين أو الورثة الذين يتضررون بتصرفه[1].

ونذكر هذه العوارض بشيء من التفصيل، فنعرف كلًا منها، ونبين أثرها في زوال أهلية الأداء أو نقصانها، وما يقابلها من التأثير على التصرفات التي يقوم بها الشخص.

أهم عوارض الأهلية:

١ ـ الجنون:

وهو اختلال يصيب عقل الإنسان، ويفقد معه الإدراك والتمييز بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة، ويؤثر الجنون على أهلية الأداء ويبطلها، فتزول أهلية الأداء وتصبح معدومة، ويصبح المجنون كالصغير غير المميز في أحكامه وتصرفاته وأهليته، بحيث تبقى له أهلية الوجوب الكاملة ويؤاخذ بضمان أقواله في إتلاف الأموال، أما أهلية الأداء فتكون معدومة.

والمعول عليه في معرفة الجنون هو خبرة المختصين في الأمراض العقلية، وما يبدو على الشخص من شواهد الحال، أو يظهر من اختلال واضطراب في أعماله وتصرفاته وشؤونه عامة.

والجنون فنون وأنواع، وأهمها بالنسبة للأهلية نوعان: جنون مُطْبِق أي مُسْتَمر، وجنون غير مُطْبِق أي مُتَقَطِّع، وفي حالة الجنون المتقطِّع يكون الشخص

---

(١) الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣٢٦، وانظر: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٤٢٣، مختصر أحام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ١٠٢.

فاقداً لأهلـية الأداء حالة الجنون، فلا تصح منه التصرفات، أما في حالة الإفاقة فتكون أهليته كاملة، وتكون تصرفاته معتبرة صحيحة، ما دام عقله سليماً[1].

٢ ـ العـــته:

وهو آفة تصيب العقل، وتؤثر فيه قليلاً، وتصفه بالخلل والاضطراب، وتجعل الشخص كالمجنون في بعض الحالات والتصرفات، بينما يتصف بالعقل والإدراك والتمييز في حالات أو تصرفات أخرى.

والفرق بين العته والجنون أن العته آفة تصيب بعض العقل، وتضعف فيه الوعي والإدراك، أما الجنون فهو اختلال في العقل يؤدي إلى الاضطراب وفقدان الوعي والإدراك.

وبما أن العته لا يزيل العقل بالكلية، لذلك كانت أهلية الأداء عند المعتوه ناقصة كالصغير المميز، وتطبق عليه أحكام الصغير المميز وحالاته التي مرت سابقاً[2].

٣ ـ الـــسكر:

وهو حالة تصيب الإنسان من تناول المسكرات التي تصدر الأبخرة إلى الدماغ فتعطل العقل عن العمل والإدراك والتمييز بين الحسن والقبيح إلى وقت محدد.

والأصل أن يكون السكر سالباً لأهلية الأداء لتعطل العقل أو زواله به، ولكن الفقهاء نظروا إلى السكر من ناحية أخرى، وهي حرمة تناول المسكرات قطعاً، وأن الشخص الذي يتناول المسكرات بإرادته واختياره، ويعب من الخمر

---

(١) المدخل، شلبي ص ٣٩٣، الأموال، موسى ص ٣٢٦، الولاية على النفس والمال، هريدي ص ١٢، المدخل الفقهي العـام ٢/ ٧٩٩. كشف الأسرار ٢/ ١٣٨٣، مـرآة الوصول ص ٣٢٦، تيسير التحرير ٢/ ٢٥٩، المسودة ص ٣٧.

(٢) المراجع السابقة، مرآة الوصول ص ٣٢٩، التلويح والتوضيح ٣/ ١٦٦، كشف الأسرار ٢/ ١٣٩٤، تيسير التحرير ٢/ ٢٦٣.

عن طواعية واختيار، يعمل على انتهاك المحرمات ومخالفة الشرع، ولذلك اختلف العلماء في أهلية السكران على قولين:

قرر **بعض الفقهاء** أن السكر يزيل أهلية الأداء نهائياً، ويصبح السكران كالصغير غير المميز، فلا تعتبر أقواله ولا أفعاله ولا جميع تصرفاته، ولا يعتبر مكلفاً بالتكاليف الشرعية أثناء السكر، سواء أكان السكر بسبب مباح كالإكراه والاضطرار، أو تناول بعض الأدوية، أم كان بسبب محظور كشرب الخمر طواعية، فالأهلية معدومة مع ثبوت الإثم والعقاب للشارب على شربه وعلى تضييعه التكاليف الشرعية.

وذهب **جمهور الفقهاء** إلى التمييز بين السكران بسبب مباح فيفقد الأهلية، ولا تعتبر عبارته وأقواله، وتسقط عنه التكاليف، ولا يتحمل إثماً ولا عقاباً، وبين السكران بسبب محظور، فإنه يعاقب على الشرب، ويأثم في الآخرة، وتعتبر تصرفاته الضارة، فتنفذ عليه ويتحمل آثارها، كالبيع بغبن فاحش، والطلاق... زَجْراً له، وعقاباً مدنياً بالإضافة إلى العقاب الجزائي بسبب إخلاله بعقله[1].

٤ ـ النـــوم

وهو فتور طبيعي يعتري الإنسان فيعطل العقل والحواس عن العمل والإدراك، ولكنه لا يزول به، ومع ذلك فإن النائم يفقد أهلية الأداء نهائياً أثناء النوم، فلا تعتبر أقواله وتصرفاته، ولا يؤاخذ بها[2]، أما التكاليف الشرعية فإن أداءها يتأخر إلى وقت الانتباه، لقوله ﷺ: «من نامَ عن صَلاَةٍ أو نَسِيَها فليصلِّها إذا ذَكَرها»[3].

---

(١) مرآة الوصول ص ٣٤٩، التلويح والتوضيح ٣/١٩٠، ٢٠٤، الإحكام ١/١٣٩، تيسير التحرير ٢/٢٨٧، الأموال ونظرية العقد، موسى ص ٣٢٧، المدخل، شلبي ص ٣٩٤.

(٢) المدخل، شلبي ص٣٩٣، مرآة الوصول ص ٣٣٠، تيسير التحرير ٢/٢٦٤، كشف الأسرار ٢/١٣٩٨.

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم عن أبي سعيد الخدري بلفظ: من نام عن وتره...، (الفتح الكبير ٣/٢٤١).

٥ ـ الإغــــماء:

وهو مرض في القلب أو الدماغ، يعطل القوى المحركة للإنسان، أو القوى المدركة، ولا يزيل العقل.

والإغماء يشبه النوم في أثره الجسمي، ولكنهما يختلفان بأن النوم عارض فطري غريزي عادي، والثاني عارض غير عادي.

ويتفقان في الحكم، فتكون تصرفات المغمى عليه ملغاة كالنائم، ولا ينتج عنها أثر، وتنعدم أهلية الأداء نهائياً، أما أهلية الوجوب فتبقى كاملة فتثبت له كل الحقوق، ويلتزم ببعض الواجبات، ويتحمل أثر التصرفات المادية التي تصدر عنه في الضمان، كالصغير غير المميز[1].

٦ ـ السفــــه:

خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل في الإدارة وحسن التقدير، وموضوع السفه تقديري وغير منضبط، ويعتمد على إساءة استعمال الحق، والإنفاق في غير موضعه، وينتج عن السفه عدم الاتزان في التصرفات المالية، فينفق أمواله في غير الطريق الشرعي.

والسفه لا يؤثر في الأهلية، ونظراً لما يترتب على تصرفاته من أضرار تلحقه أو تلحق بغيره، اعتبروا حالته عارضاً للأهلية، ثم اختلف الأئمة في الإجراء المناسب له على قولين:

القول الأول: الحجر على تصرفاته، فلا يدفع إليه ماله، ويمنع من التصرفات القولية، وهذا قول الجمهور بالحجر على السفيه، سواء كان صغيراً ثم بلغ سفيهاً، أم كان بالغاً راشداً أصابه السفه، لقوله تعالى: ﴿ولا تُؤتُوا السُّفَهاء أموالَكم التي جَعَلَ الله لكم قِياماً وارْزُقُوهم فيها﴾ (سورة النساء) الآية: ٥. وقوله تعالى: ﴿فإنْ كانَ الذي عليه الحقُّ سَفيهاً أو ضَعِيفاً أو لا يستطيعُ أنْ يُمِلَّ هو، فليُمْلِلْ وليُّه بالعدْلِ﴾ (سورة البقرة) الآية: ٢٨٢، فالسفيه لا يسلم له ماله،

(١) المدخل، شلبي ص ٣٩٢، مرآة الوصول ص ٣٣١، تيسير التحرير ص ٢٦٦/٢، كشف الأسرار ١٤٠٠/٢.

ويكون له ولي ينوب عنه في التصرف، وقد وردت مشروعية الحجر عن عدد من الصحابة لمصلحة السفهاء والحفاظ على أموالهم من الضياع والتبذير.

القول الثاني: عدم الحجر على البالغ إلا إذا صاحبَ السفهُ البلوغَ، وبلغ الصغير سفيهاً فيستمر الحجر عليه إلى سن الخامسة والعشرين، ولا يحجر عليه بعد ذلك، كما لا يحجر على من بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه، وهو قول الإمام أبي حنفية، بل حدد الإمام أبو حنيفة الحجر على من بلغ سفيهاً، ونقل عنه روايتان، الأولى: بمنعه من العقود والتصرفات بالحجر عليه وعدم تسليمه أمواله، والثانية: لا يحجر عليه في العقود والتصرفات وإنما يمنع عنه ماله ولا يدفع إليه، واستدل على عدم جواز الحجر على البالغ بعموم آيات القرآن الكريم التي تخاطب البالغين بالوفاء بالعقود ودفع الالتزامات، كقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا أوْفُوا بالعقُودِ﴾ (سورة المائدة) الآية: ١، وقوله تعالى: ﴿وأوْفُوا بالعَهْد إنَّ العَهْدَ كان مَسْؤولاً﴾ (سورة الإسراء) الآية: ٣٤، كما ورد أن أحد الصحابة كان يغبن في بيعه ولا يدرك وجه المصلحة فعلمه الرسول ﷺ الخيار وقال له: «إذا بِعْتَ فقلْ لا خِلابَةَ، ولي الخيارُ ثلاثة أيام»[١] ولم يحجر عليه، وأن البالغ العاقل سواء كان سفيهاً أم غيره قد بلغ حد الإنسانية الكاملة، ويحتمل أن يكون جداً، وله حفيد، في الخامسة والعشرين، فتأبى الكرامة الإنسانية أن نحجر عليه بسبب أمر مالي، مع أننا لا نحجر عليه في عقد الزواج، ودفع المهر وإيقاع الطلاق والعتاق، وهي أهم من الأمور المالية[٢].

٧ ـ الغفـلة:

وهي من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي لا تخل بالعقل، ولكنها تؤثر في سلامة التقدير وحسن الرأي وإدراك المصلحة في التصرفات الرابحة،

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك، والإمام مالك والإمام أحمد والبخاري ومسلم وأصحاب السنن عن أنس وابن عمرو، (الفتح الكبير ١/٩١).

(٢) المدخل، شلبي ص٣٩٢، الولاية على النفس والمال ص١٣، الملكية، أبو زهرة ص٢٧٧ وما بعدها، مرآة الوصول ص٣٥٥، التلويح على التوضيح ٣/٢١٧، تيسير التحرير ٢/٣٠٠، كشف الأسرار ٢/١٤٨٩.

فيغبن في المعاوضات لسهولة خداعه، وقلة خبرته في المعاملات، وعدم معرفته بالنافع والضار، فيلحق به الغبن في التصرفات.

وهذه الغفلة تشكك في صحة العقل والتمييز التي تقوم عليها أهلية الأداء، وتعترض كمال أهلية الأداء، لذلك ذهب جمهور الفقهاء، وهم مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية إلى الحجر على المغفل كالسفيه، ومنع الإمام أبو حنيفة الحجر عليه[1].

٨ ـ الـدَّيْن:

وهو ما يثبت في ذمة الإنسان من أموال الناس، والدَّيْن أو المداينة أمر مشروع ولا غبار عليه، ويجوز شرعاً في المعاوضات المالية، أو عن طريق القرض والاستدانة، ولكن إذا صار الدين أكثر مما يملك المدين فهذا إشعار بفشله وخسارته وسوء تصرفه في الظاهر، ومع أن الدين لا يؤثر في أهليته، ولكن المشرع يتدخل لحماية أصحاب الديون والحقوق، فيحد من تصرفات المدين بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء، خلافاً للإمام أبي حنيفة الذي منع الحجر على المدين، وأقر للدائن أن يلازم المدين، وأن يطلب من القاضي حبسه حتى يؤدي الدين.

وينحصر أثر الحجر على المدين بمنعه من التصرفات التي تضر بدائنيه، كالتبرع والهبات والمعاوضات المشتملة على محاباة أو غبن فاحش، كما أن الحجر عليه يعطي القاضي الحق في بيع أمواله جبراً عنه لسداد ديون الغرماء[2].

٩ ـ مـرض المـوت:

وهو الداء الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، ويغلب فيه الهلاك، ويلازمه حتى الموت، ولا تزيد مدته عن سنة.

والمرض بشكل عام لا يؤثر في الأهلية، ما دام العقل سليماً، والتفكير صحيحاً، ولكن إذا تفاقم المرض، وغلب فيه الهلاك، واتصل فعلاً بالموت، فهذا يدل على أن المريض يحس قبل غيره بهذا الخطر، ويحتمل أن يتصرف في أمواله على غير الطريق الشرعي.

(١) الولاية على النفس والمال ص ١٨، الأموال، موسى ص ٣٣٦.
(٢) المراجع السابقة.

فقال بعض الفقهاء بالحجر عليه في بعض التصرفات، للحفاظ على حقوق غيره من الورثة والغرماء، وقالوا: إن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت، بعد أن كانت الديون والحقوق تتعلق بذمته، فلما مرض وأشرف على الموت ضعفت ذمته، وأصبحت عاجزة على تحمل الديون أو تعلق الديون بها، وانتقلت إلى ماله، ويحجر على تصرفاته، فتكون محتملة للفسخ والنقض بعد الموت، ويؤذن له في بعض التصرفات التي يحتاج إليها كثمن الدواء والنفقة وما يحتاج إليه... كما حدده الفقهاء وتوسعوا به[1].

ويتناول مرض الموت كل من كان في حكمه، وهو كل شخص أشرف على مخاطر جسيمة يغلب فيها، أو يتحتم، انتهاء حياته، كالمحكوم عليه بالإعدام، والمشرف على الغرق في البحر أو الحرق في البر، وكذا المرأة الحامل المُقَرِّب، وحاضر صف القتال، ومحبوس لقطع أو قتل... وغيرها[2].

وإن نظرية مرض الموت وما يراد منها من تعريف وأحكام وقواعد وحجر على بعض التصرفات، غير متفق عليها، وإنما قال بها بعض الفقهاء والأئمة وهم الحنفية والحنابلة، ورفضها آخرون، وهم المالكية والشافعية، وقرروا أن الإنسان يبقى كامل أهلية الأداء حتى الموت، ولا تنقص أهليته، ولا تتأثر بالمرض إلا إذا وصل إلى العقل وملكة الإدراك والتمييز.

والغريب أن معظم الكتاب المعاصرين الذين بحثوا مرض الموت في عوارض الأهلية وغيرها، يقررون أنه متفق عليه، دون أن يشيروا إلى الاختلاف فيه، وبيان رأي الشافعية والمالكية[3].

* * *

(١) مرآة الوصول ص ٣٣٨، التلويح على التوضيح ٣/١٨٦، تيسير التحرير ٢/٢٧٧، كشف الأسرار ٢/١٤٢٧، الملكية، أبو زهرة ص ٣٠١، الأموال، موسى ص ٣٣٤٨، المدخل الفقهي العام ٢/٨٠٢، وسائل الإثبات، للمؤلف ص ٢٩٥.

(٢) وسائل الإثبات، للمؤلف ص ٢٩٦ والمراجع المشار إليها.

(٣) المرجع السابق، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي (العقود المسماة) للمؤلف ص ٤٦٦ وما بعدها.

الفصل الثاني

في الولاية الشرعية والنيابة

تعريف الولاية:

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها السلطان والنصرة، ومنه: ولي الشيء أو ولي على الشيء ولاية قام عليه، وكذا ولي البلد، ويقال: أوليته الأمر، ووليته عليه ملكته إياه[1].

أما في الاصطلاح الشرعي فإننا نعرفها بأنها:

سلطة شرعية تخول صاحبها القدرة على إنشاء التصرفات وتنفيذها.

فالولاية سلطة منحها الشارع أو أقر بها الشارع للشخص ليكون قادراً على إصدار التصرفات التي يترتب عليها حقوق أو التزامات، ويتعلق بها أحكام شرعية، ويقع عليه تنفيذ الآثار المترتبة على التصرف[2].

وهذه السلطة والصلاحية في إنشاء التصرفات وتنفيذها تبين الرابطة بين الولاية وبين الأهلية، وأن الولاية تتعلق وترتبط بأهلية الأداء، وأن صاحب الولاية يتمتع بأهلية الأداء الكاملة، فإن كان فاقداً لأهلية الأداء فلا تثبت له الولاية التي يقرها الشرع، أما إن كانت أهلية الأداء ناقصة فتثبت لصاحبها الولاية على بعض التصرفات استثناء، وفي نطاق معين، وتكون العلاقة بين الولاية والأهلية أشمل من الولاية، لأن من يتمتع بالأهلية قد يكون له ولاية على التصرف في ماله أو

(١) القاموس المحيط ٤٠١/٤، المصباح المنير ٩٢٧/٢.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٠٨.

بالنيابة عن غيره، وقد لا تكون له هذه الولاية ويمنع من التصرف، ومن ثبتت له الولاية فلا بدّ أن يكون متمتعاً بالأهلية، لأن أهلية الأداء شرط لصحة الولاية، والولاية شرط لصحة التصرف ونفاذه، والشرط هو ما ارتبط به غيره عدماً لا وجوداً، فيلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

أنواع الولاية:

إن هذه السلطة الشرعية إما أن تثبت للشخص على نفسه وماله، وتسمى ولاية ذاتية، وإما أن تثبت له على غيره، وتسمى ولاية غير ذاتية.

أولاً ـ الولاية الذاتية:

وتثبت للبالغ العاقل على أمواله وأملاكه وشؤونه الخاصة المالية والشخصية، فيتولى أمور نفسه بنفسه، ويملك حق التصرف بأمواله وحقوقه، وتكون تصرفاته نافذة، ويترتب عليها جميع النتائج والآثار والالتزامات التي وضعها الشارع الحكيم للتصرف، إلا إذا ترتب على تصرفه ضرر بغيره ـ بقصد أو بدون قصد ـ فيتدخل الشرع لوقف التصرف، وعدم نفاذ آثاره، كالمدين والسفيه والمريض مرض الموت. . . كما سبق، وتسمى هذه الولاية أيضاً ولاية قاصرة، أو ولاية أصلية، أو ولاية بالأصالة(١).

ثانياً ـ الولاية غير الذاتية:

وتثبت للبالغ العاقل على غيره بطريق شرعي، وتسمى أيضاً ولاية متعدية، وهي المعروفة بالفقه والقانون بالنيابة الشرعية، ويكون الشخص في هذه الحالة متصفاً بوصفين، فله ولاية على نفسه، وله ولاية على غيره.

والحكمة من مشروعية النيابة الشرعية تحقيق التضامن الاجتماعي والتكافل بين المواطنين، واعتبار الأفراد في المجتمع كأنهم جسد واحد، فمن استطاع أن يتصرف بشؤونه المالية والشخصية فله ذلك، ولا يتقدم عليه أحد، ولا تفرض عليه الولاية والإشراف، ومن لم يستطع أن يقوم بشؤونه الخاصة، ولا يحسن التصرف

---

(١) الملكية، أبو زهرة ص ٣٢٩، المدخل، شلبي ص ٤٠٨، الأموال، موسى ص ٣٤٨.

بأمواله، لعذر من الأعذار، يقوم غيره مقامه، ويحل محله، وينوب عنه، ويتولى له القيام بشؤونه، والإشراف على نفسه وماله، ويتصرف له كتصرفه لنفسه في تحقيق المنافع ودفع المضار والمفاسد، والسعي للمحافظة عليها من الضياع والإتلاف. ولذلك نفصل الكلام عن النيابة الشرعية.

تعريف النيابة الشرعية:

النيابة عند الفقهاء هي: **قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية**[1].

فالنيابة تعني قيام شخص مقام آخر للإشراف عليه والتصرف عنه، لسبب من الأسباب، وذلك بأن يباشر النائب العقود والتصرفات، ويقوم بتنفيذها، ويباشر الالتزامات المترتبة عليها، ولكن الآثار والنتائج تقع على الشخص الذي ينوب عنه جبراً عليه، ما دام النائب مستوفياً الشروط الشرعية، وما دام التصرف موافقاً لطريقه الشرعي، وليس للمنوب عنه أن ينقض التصرف بعد زوال عذره، أو أن ينقص منه، أو أن يزيد في آثاره أو يعدل من شروطه.

والسبب في منح الغير حق الولاية على الصغير في النفس والمال هو العجز عن القيام بشؤون نفسه، وممارسته التصرف وتنفيذه، وفقدان أهلية الأداء التي تخول الشخص ممارسة التصرفات، لعدم التمييز بين النفع والضرر، والخير والشر، والمصلحة والمفسدة، والعلة في ثبوت الولاية على الكبير هي إما العجز وفقدان الولاية، وإما التعاون معه ورفع الحرج والمشقة عنه، فيوكل غيره للنيابة عنه[2].

أنواع النيابة الشرعية:

أولاً ـ أنواع النيابة باعتبار المصدر:

تنقسم النيابة الشرعية باعتبار المصدر الذي تثبت به إلى نوعين:

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٨١٥.

(٢) الولاية على النفس والمال، هريدي ص ٢، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الدكتور عبد الرحمٰن الصابوني ٢/٢٨٦.

١ ـ **النيابة الأصلية**: وهي الولاية التي يثبتها الشارع للشخص، كولاية الأب والجد على الصغير، فهي أصلية تثبت بنص شرعي.

ويسمى النائب في هذه الحالة بالولي، وكأن الأب أو الجد قام مقام ابنه بشكل كامل لتوفر الرعاية والشفقة عليه والحرص على مصلحته ونفعه وصيانة أمواله، وإذا أطلق الولي في حالات النيابة الشرعية فينصرف إلى الأب أو الجد.

٢ ـ **النيابة غير الأصلية**: وهي التي تثبت للشخص بإنابة شخص آخر أو تكليف منه، وهي على ثلاثة أقسام:

أ ـ **النيابة الثابتة من الأب أو الجد**، ويسمى النائب وصياً، ويقيد بأنه وصي الأب أو وصي الجد.

ب ـ **النيابة الثابتة من القاضي**، ويسمى النائب الأمين، أو القيم، أو أمين القاضي، أو الوصي.

جـ ـ **النيابة الثابتة من شخص لآخر**، وهي الوكالة، والنائب يسمى وكيلاً، والوكالة لا تدخل في بحثنا.

ثانياً ـ أنواع النيابة باعتبار المحل:

وتنقسم الولاية بحسب المحل الذي تقع عليه إلى نوعين:

١ ـ **الولاية على النفس**: وهي سلطة الإشراف على الشؤون المتعلقة بشخص القاصر أو المجنون، أو من في حكمهما، كالحضانة والتربية والتعليم والتطبيب والتشغيل والتزويج، والولاية على النفس في الحضانة تثبت للأم ثم أم الأم ثم أم الأب وغيرهن من النساء القريبات خلال فترة الحضانة التي تمتد إلى السابعة أو التاسعة أو الحادية عشرة، وبعد هذه السن تثبت الحضانة وبقية أحوال الولاية على النفس للأب والجد وبقية الأقارب العصبات الذكور، بحسب درجات القرابة وبشروط معينة[1]، فإن لم يوجد

---

(١) الفروق، القرافي ٣/٢٠٦.

أحد العصبة الأقارب تثبت الولاية للقاضي أو السلطان لقوله ﷺ: «السُّلطانُ وليُّ منْ لا وَليَ له»[1].

وحق الولاية على النفس تثبت جبرا على الصغير، وعلى الولي، ولا اختيار فيه لواحد منهما، ولا يقبل امتناع الولي إلا إذا توفر غيره وقام محله[2]، كما أن هذه الولاية تشترط في الولي شروطاً خاصة، فإن فقد أحد الشروط سقط حق الولي.

٢ ـ **الولاية على المال**: وهي السلطة التي تثبت لشخص على أموال آخر، بالإشراف والحفظ والتصرف والقيام عليها في المجال المشروع بما يحقق المصلحة الخاصة والعامة، والولاية على المال تثبت لكل شخص بالغ عاقل رشيد، سواء كان قريباً أم بعيداً متى توفرت فيه شروط الولاية.

كما أن الولاية على المال قد تكون تابعة للولاية على النفس، وتجتمع ولاية النفس وولاية المال لشخص واحد إذا كان أباً أو جداً، أو بحكم القاضي لغير الأب أو الجد.

شروط الولاية:

ويشترط في الولاية غير الذاتية، وهي النيابة عن الغير، أن تتوفر في الولي الشروط الآتية:

١ ـ **الحرية والبلوغ والعقل**، وهي الشروط المطلوبة لتوفر أهلية الأداء الكاملة، فإن نقص أحد هذه العناصر كانت أهلية الولي غير كافية لنفسه، وليس له ولاية على ماله، فلا تثبت له ولاية على غيره بالأولى، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٢ ـ **اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه**، لأن الولاية سلطة تقوم على التناصر والتعاون والتناصح والسلطان والقوة، وعند اختلاف الدين تضعف هذه

---

(١) هذا جزء من حديث رواه الإمام أحمد وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها، (الفتح الكبير ٣/٣٤٩).

(٢) الولاية على النفس والمال، هريدي ص ٣٠.

العناصر، ويشك فيها، وتكاد تضمحل، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: ﴿ولنْ يَجْعَلَ الله للكافرينَ على المؤمنينَ سَبيلاً﴾ (سورة النساء) الآية: ١٤١.

كما لا تثبت للمسلم ولاية على غير المسلم، لأن الولاية تقوم على القرابة والمودة، والمؤمن لا يواد الكافر، قال تعالى: ﴿لا تَجِدُ قوماً يُؤمِنُون بالله واليومِ الآخِرِ يُوادُّونَ مَنْ حَادَّ الله ورسولَه، ولو كانُوا آباءَهم أو أبناءَهم أو إخوانَهم أو عشيرتَهم﴾ (سورة المجادلة) الآية: ٢٢.

٣ ـ **القدرة على التصرفات**، لأن فقدان هذه الصفة هو المسوغ لحجب الثقة، ومنع ولاية العاجز والقاصر على نفسه، ومنعه من مباشرة تصرفاته بذاته، فإن كان الآخر عاجزاً عن التصرف فيمنع من السلطة والإشراف على غيره بالأولى، وأنه هو ذاته بحاجة إلى ولي يشرف على ماله، ويتصرف له بها.

وبهذه اللمحة المختصرة عن الولاية والأهلية ننتهي من نظرية الأهلية التي تتصل بعلم الفقه والأحكام الشرعية، وتتصل بعلم أصول الفقه في بحث «المكلف» الذي تتعلق به الأحكام، وقد عرضناها بصورة موجزة توضح معناها وأنواعها وأحكامها، والآثار التي تترتب عليها.

* * *

الباب الثالث

في نظرية العرف

مقـــدمـــة:

تبين لنا سابقاً أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وأن الغاية من إرسال الرسل وإنزال الكتب هي إرشاد الناس إلى الطريق الأقوم، والأخذ بيدهم إلى ما فيه الخير والنفع للفرد والمجتمع، وأن **الأحكام الشرعية** التي تحقق هذا الهدف جاءت عن طريقين: أحدهما: **بالنص الشرعي الصريح** في القرآن الكريم والسنة النبوية، والثاني: **بالإشـارة إلى الأحكام والإحالة إلى بعض المصادر** التي تؤخـذ منها كـالإجماع والقيـاس والاستصلاح والعرف. . .

وإن **المصادر الشرعية** قسمان: بعضها **أصلي** متفق عليه بين جماهير العلماء، وهي القرآن والسنـة والإجماع والقيـاس، وبعضها **تبعي** للمصـادر السابقة، يشتق منها، ويرجع في مشروعيته إليها، وهي بقية المصادر التي ترشد إلى بيان حكم الله تعالى في الموضوع بما يحقق أهداف الشريعة، ومقاصد الإسلام، وتأمين المنافع والمصالح للناس، وهذه المصادر مختلف فيها بين العلماء والأئمة، فمنهم من أخذ بأكثرها وترك بعضها، ومنهم من أخذ بالبعض وترك الباقي.

ومن هذه المصادر التبعية المختلف عليها **العرف**، وهو من المصادر المهمة التي تركت أثراً ملموساً في الفقه الإسلامي، واعتمد عليه الأئمة كثيراً، وتفرعت عنه مجموعة من المبادىء الأصولية والقواعد الفقهية التي تبنى عليها

الأحكام، ولذلك نتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل، فنذكر نشأة العرف والعادة، وأثرهما على النفوس، وسلطانهما في المعاملات، لنصل إلى تعريف العرف والعادة، ثم نبين أقسام العرف ونعرض آراء الأئمة في حجيته والاعتماد عليه، مع بيان الأدلة ومناقشتها، ثم نحدد شروط العرف الصحيح الذي يعتمده العلماء، ونختم الموضوع بعرض عام لأهم الأحكام الشرعية المبنية على العرف، وتغير الأحكام المبنية على العرف، ثم نصل إلى القواعد الفقهية المبنية على العرف لنقيم الجسر بين الباب الثالث عن العرف والباب الرابع عن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

نشأة العرف والعادة:

يقول المثل: الحاجة أساس الاختراع، وهذا يعني أن حاجة الإنسان تدفعه إلى الجد والتقصي والبحث لمعرفة الطريق الموصل إلى الغاية في تحقيق منافعه، والوصول إلى منيته، وينطبق هذا المثل على الشؤون الاجتماعية والمعاملات المالية وغيرها، فإن الحاجة تكوّن عند الناس ـ وخاصة العلماء منهم ـ باعثاً داخلياً للتفتيش عن السبل التي تحقق منافعهم ومصالحهم، وتؤمن حقوقهم، وتسهل معاملاتهم، وتخفف عنهم أعباء الحياة، وتصون لهم الجهد المبذول فيها، ويصلون أخيراً إلى مسلك معين، وأسلوب خاص، وطريقة جديدة، ليسيروا عليها في الوصول إلى هدفهم، فإن تكررت الحادثة أو الواقعة أو المسألة أو القضية مرة ثانية مالت النفس إلى اتباع المنهج الأول دون أن يفكر الإنسان في بذل الجهد من جديد للتفتيش عن طريق آخر. وإنما تميل نفسه فوراً إلى الطريق الأول فيسير عليه، وتألف نفسه هذا الأسلوب، وتستقر عواطفه وجوارحه عليه طالما يحقق له الهدف، ويصل به إلى النتيجة، فيصبح ذلك عادة عنده، سواء كانت العادة في أموره الخاصة أو معاملاته المالية أو علاقاته مع الآخرين[1].

ويراه صديقه أو جاره فيتبعه في منهجه، ويقلده في طريقه، ويسايره في أسلوبه، ويسير على عادته، وهكذا تتكرر العادة من شخص إلى شخص ثم إلى

(١) العرف والعادة ص ١٣.

مجموعة أشخاص، ليصبح عادة جماعية في موضوع معين، في الأقوال أو الأفعال.

إذن كانت الحاجة باعثاً للوصول إلى شيء، ويتكرر هذا الشيء عدة مرات من شخص وأشخاص فيكون عادة لهم فيه.

وقد تكون الحاجة عامة، يحسّ بها الحكام وأصحاب السلطة، فيصدرون أمراً معيناً ليسير عليه الناس، ويتكرر مرة ومرات ليكون عادة لهم، وقد تكون هذه الحاجة أو هذا الباعث حصل في زمن مضى، وكون عادة قديمة ثم انتقل إلى الأجيال اللاحقة فالتزمته وسارت عليه، وهو التقاليد والعادات الموروثة التي يأخذها جيل عن جيل عن جيل[1].

وهذه العادات بعضها حسن يحقق مصالح الناس ويتفق مع مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، وبعضها قبيح يبتدعه دعاة السوء، ويتكرر منهم، ثم يستشري شره إلى غيرهم، ويتكرر منهم ليصبح عادة عامة سيئة قبيحة.

والعادات لها سلطان كبير على النفس، فتأسرها وتقيدها في الحياة والتصرفات والأقوال والأفعال، وتصبح العادة عند الإنسان طبيعة ثانية، يصعب عليه التخلي عنها، أو التخلص منها، سواء كانت عادات حسنة أو قبيحة، ويحتاج صاحبها إلى عزيمة قوية، وإرادة صامدة، وتوجيه عميق للإقلاع عن عاداته، وهو ما يواجه الأنبياء والمصلحين والدعاة إلى الخير والفلاح، والبعد عن العادات الفاسدة، والتقاليد البالية[2].

تعريف العادة والعرف:

من مجموع ما تقدم يمكن تعريف العادة بأنها:

الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[3].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٨٣٣، العرف والعادة ص ١٥.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٨٣٤، العرف والعادة ص ١٦.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنّة ص ١٠.

فالعادة أمر متكرر، إما في حياة الفرد الذي يكون له عادات معينة، وإما في حياة الجماعة بالسلوك العام والعادات الشائعة.

والعادات تختلف عن الأسباب والمسببات، فإن العادة تتكرر بدافع نفسي، وتعتمد على الميول والعواطف وما يألفه الإنسان، وما تتقبله النفوس، أما العلاقات بين السبب والمسبب فإنها علاقة عقلية لا تتغير ولا تتبدل، ولا تختلف من فرد لآخر، ولا من زمن إلى غيره.

ولذلك يقول ابن عابدين: «العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد مرة أصبحت حقيقة معروفة مستقرة في النفوس والعقول، وأصبحت العادة حقيقة بين الناس، وتسمى عادة وتعاملاً»[(١)].

وهذه العادة المتكررة إن ضمن لها الانتشار والشيوع، لتشمل الأكثرية المطلقة من الناس، بحيث يعرفها كل إنسان تقريباً انقلبت إلى عرف، ولذلك عرّف الأستاذ الزرقا العرف بأنه:

«عادة جمهور قوم في قول أو فعل»[(٢)].

فلا يتحقق العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان شائعاً منتشراً بين الناس، بأن يطرد العمل به في المكان والزمان الذي يجري فيه غالباً، بحيث يكون معظم الناس يعرفه ويدركه ويلاحظه ويقدره في حياته، كالتعارف على قول يطلقه الناس على معنى خاص معين، بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماعه إلا هذا المعنى، وليس معناه الحقيقي، وكذا إذا شاع فعل معين بين الناس، وكان هذا الفعل له دلالة خاصة تعرف منه، وتتجه النيات نحوه.

والأصل أن العرف والعادة بمعنى واحد في اللغة؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد مرة أصبحت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، والعرف لغة بمعنى المعرفة، ثم استعمل بمعنى الشيء المستحسن، والمعروف ضد المنكر، ولكن العلماء في الفقه والأصول قيدوا

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٤.

(٢) المدخل الفقهي العام، له ٢/ ٨٣٨.

العادة بعادة الفرد أو بعادة أفراد، فإن شاعت العادة وانتشرت واطردت في الاستعمال صارت عرفاً[1].

ويلاحظ أن العرف يتكون من عادة الناس على اختلاف طبقاتهم في قول أو فعل، فيشترك فيه العامة والخاصة، بخلاف الإجماع الذي يتكون من اتفاق المجتهدين على حكم شرعي، كما يختلف العرف عن الإجماع، بأن الإجماع اتفاق جميع المجتهدين، أما العرف فإنه يتكون من تعامل الأكثرية أو الأغلبية، ولا يشترط فيه إجماع الناس، ولذلك وضعوا القاعدة الفقهية: «إنّما تُعْتبر العادةُ إذا اطَّردَت أو غَلَبَت».

أقســام العــرف:

ينقسم العرف إلى نوعين: **عرف قولي وعرف عملي**، وكل منهما قد يكون **عاماً** وقد يكون **خاصاً**، وإن وافق مقاصد الشريعة وحقق أغراضها كان **عرفاً صحيحاً**، وإن تعارض مع النصوص الشرعية كان **عرفاً فاسداً**.

أولاً ـ أنواع العرف باعتبار استعماله:

ينقسم العرف باعتبار استعماله إلى نوعين:

١ ـ العرف القولي:

وهو التعارف بين الناس على إطلاق لفظ على معنى معين، يختلف عن المعنى الحقيقي الموضوع له، بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماع اللفظ المعنى الحقيقي، وإنما ينصرف الذهن إلى المعنى المتعارف عليه، ويصبح المعنى الحقيقي مهجوراً ومتروكاً، ويحتاج عند إرادته إلى القرينة أو القيد أو زيادة الإيضاح، مثل لفظ **اللحم**، فإنه يطلق على لحم الحيوان ولا يطلق على السمك والطير، مع أن المعنى الحقيقي له يشمل الجميع، وإطلاق لفظ **الولد** على الذكر دون الأنثى، فهذه المعاني الجديدة هي الحقيقة العرفية للفظ، وهي المجاز الراجح في الأغلب، ولذلك يقول الفقهاء: إن العرف يقدم على اللغة

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص ٩٣، مالك، أبو زهرة ص ٤٤٧، المدخل الفقهي العام ٢/٨٤١، العرف والعادة، أبو سنّة ص ١٣، رسائل ابن عابدين ٢/١١٤.

عند التعارض[1]، ومثل لفظ الدراهم بمعنى النقود المستعملة في البلد، ولفظ البيت بمعنى الغرفة أو الدار[2].

٢ ـ العرف العملي:

وهو التعارف بين الناس على أمر عملي معين، كأكل لحم الضأن في بلد، وأكل لحم البقر أو الجمل أو الجاموس في بلد آخر، ومثل العرف العملي في عقد البيع، واستلام البضاعة ودفع الثمن للدلالة على القبول، ومثل العرف العملي في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، ومثل تعطيل يوم معين في الأسبوع، وحمل الأشياء الثقيلة كالحطب والفحم على البائع، وتقسيط الأجور السنوية للعقارات شهرياً، أو كل ثلاثة أشهر، والتعامل بنقود معينة شائعة في البلد بدون أن تذكر أو تعين في العقد[3].

ثانياً ـ أنواع العرف باعتبار شيوعه:

ينقسم العرف باعتبار اتساع شيوعه أو قصره وحصره في مكان معين أو جماعة مخصوصين إلى نوعين:

١ ـ العرف العام:

وهو العرف الذي يتفق عليه أغلبية الناس في كل البلاد أو معظمها، ويسيرون على منواله.

كالتعارف على بيع الاستصناع الذي شاع وانتشر في جميع البلاد، وبين جميع المسلمين تقريباً، والتعارف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل. لأن الأصل في المهر أن يكون معجلاً ومقبوضاً عند العقد، ثم تساهل بعضهم في

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، القرافي ص ٢٣٤، تنقيح الفصول، القرافي ص ١٤٣، روضة الناظر، ابن قدامة المقدسي ص ٨٩، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٧، رسائل ابن عابدين ٢/١١٤.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٨٤٢، العرف والعادة ص ١٨.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٨٤٤، العرف والعادة ص ١٩.

تأجيل قسم منه إلى حين الطلاق أو الوفاة وشاع هذا العرف وانتشر في جميع البلدان.

والعرف على دخول الحمام واستعمال الماء بدون تحديد كمية الماء المستهلك أو تحديد الزمن الذي يمكث فيه الشخص داخل الحمام.

وإذا كان العرف الصحيح عاماً ومطَّرداً في جميع الأمصار والأزمان فإنه يخصص به النص العام، كالاستصناع الذي تعارفه الناس، وأجمعوا على إباحته، وخصصوا به النهي عن بيع المعدوم، والشرط المتعارف عليه فإنه يخصص - عند الحنفية - عموم الحديث بالنهي عن بيع وشرط.

وكذا العرف العام الصحيح الذي كان شائعاً ومنتشراً في زمن نزول الوحي، مثل العرف الشائع في إرضاع الأولاد عند المرضعات، فإنه يخصص عموم الآية: ﴿والوالداتُ يُـرْضِعْنَ أولادَهُنَّ حولَيْنِ كـاملين﴾ فإن الإرضـاع مخصص بالوالدات اللاتي لا يضعْـنَ أولادهن عند مرضع.

٢ - العـرف الخـاص:

وهو العادة التي تكون لفرد أو طائفة معينة في بلد معين، أو أصحاب مهنة، كعادة شخص في أكله وتصرفاته وحياته الخاصة، وتعارف التجار على تسجيل المبيعات في دفتر خاص، وتعارف الزراع في الحراثة وشؤون الزراعة واستئجار الماء وجني الثمار إلى أوقات محددة أو مواسم معينة، وتعارف منطقة ما على تسجيل أثاث البيت للزوج أو للزوجة، ومثل تعارف الناس اليوم على أخذ مواعيد زيارة الأصدقاء والأقارب وأصحاب الأعمال والموظفين بالهاتف، وكذا أخذ المواعيد بالهاتف لمراجعة طبيب، بسبب التعامل بينهم، وكذا حجز غرف النوم في الفنادق بالهاتف أو البرقية.

وهذا العرف الخاص يطبق على أهله والمتعاملين به، أو على أصحاب المهنة أو الحرفة فقط، أو على أهل البلد الذي جرى فيه، ولا يطبق خارج هذه الحدود، كالعرف بين أصحاب بعض المهن والحرف أن يأخذ المعلم أجرة ممن يعمل عنده من الأطفال والشباب، بينما يدفع المعلم في حرفٍ أخرى أجرة لمن يعمل عنده، ويطبق عرف التجار على معاملاتهم، لأن المعروف بين التجار

كالمنصوص بينهم[1]، ومثل أجرة السمسار في المكاتب العقارية تكون على البائع في بلد، وتكون على المشتري في بلد آخر.

ثالثاً ـ أنواع العرف باعتبار موافقته للشرع:

يقسم العرف من حيث موافقته أو معارضته للنصوص الشرعية إلى نوعين:

١ ـ عرف صحيح:

وهو ما تعارفه الناس في تحقيق مصالحهم، وتيسير أمورهم، دون أن يخالف نصاً شرعياً أو حكماً من الأحكام الثابتة بالنص أو الإجماع، وهو موضوع بحثنا، كالتعارف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، والتعارف على البيع بالنقد (أي الحال) أو بالتقسيط، والتعارف على تقديم الهدايا أثناء الخطبة وأن هذه الهدايا لا تحسب من المهر، والعرف المحلي والدولي في السفر بالطائرة وأنّ نفقة الراكب ومسؤوليته تقع على عاتق شركة الطيران منذ تسليمه بطاقة السفر حتى يصل إلى البلد المتجه إليه، فإن تعطلت الطائرة في الطريق كانت نفقات الأكل والنقل والإقامة على الشركة.

٢ ـ عرف فاسد أو باطل:

وهو ما يتعارفه الناس، ويشيع بينهم مع مخالفته لحكم شرعي، أو لنص من النصوص، بأن يحرم حلالاً، أو يحلل حراماً، وهذا العرف الفاسد أو الباطل لا قيمة له، ولا يعتد به، ولا يحتج به، ولا يعول عليه باتفاق العلماء بل هو إثم ووزر وذنب على أصحابه والعاملين به، مثل انتشار الاختلاط بين الرجال والنساء، وانتشار الربا بين الناس، وفشو الخمر في البيوت وأثناء الحفلات، وكثرة السفور من النساء، وسحب الأموال بالفائدة من المصارف للتجارة أو الزراعة أو البناء، ومشي النساء وراء الجنائز، وكشف بعض العورات، وتوزيع الطعام على القبور، وإضاءة الشموع عليها، وتقديم الطعام عند الوفاة من أهل الميت إلى المعزِّين، والتعارف على سحب اليانصيب... وغيرها من الأعراف

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٦، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٠٣، رسائل ابن عابدين ٢/١٣٢.

التي تخالف النصوص الشرعية، ويترتب عليها المفاسد الدينية والاجتماعية والاقتصادية في حياة الفرد والمجتمع، إن عاجلاً أو آجلاً.

فهذا العرف مردود على أصحابه، ولا قيمة له، ولو طبقه جميع الناس، لأنه مخالف للنص ومعارض له، والنص متقدم عليه قطعاً ويقينا.

حجيـة العـرف:

يتفق العلماء عملياً على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلاً شرعياً في بناء الأحكام، وتعليل الآراء، وترجيح بعضها على بعض، ويعتمدون عليه في تفسير الأحداث والقضايا، ويرجعون إليه في حل المشاكل، والفصل في النزاع، ويرشدون القاضي إلى الأخذ به، وتختلف عباراتهم واتجاهاتهم في التعبير عن هذا الأمر المتفق عليه[1]، فمثلاً اتفق الجميع على الاعتماد على أهل الخبرة والتجربة في الاختلافات الطارئة التي لا يجد القاضي لها نصاً، وليس له علم أو معرفة فيها، وتحتاج إلى المختصين فيها، أو المتعاملين بها، وهذا نوع من الرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم[2]، ولذلك نعرض آراء الأئمة في العرف، ثم أدلة القائلين به بإطلاق، وأدلة المنكرين له، ثم نبين الراجح في الموضوع.

أولاً ـ آراء الأئمة في العرف:

اختلف العلماء في حجية العرف، ولكن اختلافهم ينحصر في اعتباره مصدراً مستقلاً أم تابعاً وجزءاً من المصادر الأخرى، اختلفوا على قولين:

القول الأول: أن العرف حجة ودليل شرعي مستقل، وهو من مصادر التشريع الإسلامي لمعرفة حكم الله تعالى، وهذا مذهب الحنفية والمالكية.

القول الثاني: أن العرف ليس حجة ولا دليلاً شرعياً إلا إذا أرشد الشارع

---

(١) يقول الإمام القرافي: «أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيه» تنقيح الفصول ص ١٤٤، وانظر: مالك، للشيخ المرحوم محمد أبو زهرة ص ٤٤٨، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٢٦ (فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال...)، ٢/١٣٠.

(٢) انظر: وسائل الإثبات، للمؤلف ص ٥١٢، ٥٩٤ وما بعدها.

إلى اعتباره في أحد المصادر الأصلية، وهو مذهب الشافعي والحنابلة[1].

ثانياً: أدلة القائلين بحجية العرف:

احتج المتأخرون من الحنفية والمالكية على حجية العرف بأدلة من الكتاب الكريم والسنة، والمعقول.

أ ـ الكتاب: قال تعالى: ﴿خُذِ العَفْو، وأْمُرْ بالعُرْفِ، وأعْرِضْ عن الجَاهلين﴾ (سورة الأعراف) الآية: ١٩٩، والمراد من العرف هو عادات الناس، وما جرى تعاملهم عليه، واستقر في النفوس، والآية أمر من الله تعالى لرسوله ـ ﷺ ـ بالأخذ بهذه العادات، والالتزام بها، واتباع العرف الذي يسيرون عليه، ولو لم يكن العرف دليلاً ومصدراً وحجة لما أمر الله تعالى رسوله به[2]. فهذا يدل على اعتبار العرف دليلاً شرعياً ومصدراً للتشريع، وإلا لم يكن للأمر فائدة.

ويلاحظ أن هذا الاستدلال فيه تكليف ظاهر، لأن المراد من العرف في الآية هو معناه اللغوي، وهو كل ما هو معروف ومألوف من الدين، أو تبين حسنه، سواء كان بالشرع أم بالعقل، ومحل الاستدلال هو ما استقر في النفوس وتبين حسنه من جهة العادة، فالآية لا تدل على المطلوب.

وقد فسر العلماء العرف بالآية بأنه: ﴿لا إله إلا الله﴾ أو هو كل أمر عرف أنه لا بد من الإتيان به، أو أن المراد من جميع الآية هو أخلاق إسلامية، والأمر

---

(١) ذكرت في كتابي أصول الفقه الإسلامي ص ٢١٧: «أن الحنابلة ـ مع الحنفية والمالكية ـ يقولون بحجية العرف، وأنه مصدر مستقل، واعتمدت في ذلك على كلام ابن القيم في أعلام الموقعين (٤٤٨/٢)، ولكني وجدت كتب الأصول الحنبلية تنكر ذلك، وتصرح على تحديد المصادر نصاً، ولذلك عدلت عن الرأي السابق، وذكرت رأي الحنابلة مع الشافعية، انظر: المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٤، ابن حنبل، للشيخ المرحوم محمد أبو زهرة ص ٣٣١، ٣٦١، روضة الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة المقدسي ص ٣٣، ٨٢.

(٢) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢.

باتباع الأخلاق الحميدة بأن يعفو عن الظالم، ويعطي المانع، ويصل القاطع[1].

ب ـ السنة: قال ابن مسعود في حديث موقوف: «ما رآهُ المُسْلِمُون حَسَناً فهو عند الله حَسَن»[2].

فالحديث يدل على أن الأمر المتعارف عليه تعارفاً حسناً بين المسلمين يعتبر من الأمور الحسنة التي يقرها الله تعالى، وما أقره الله تعالى فهو حق وحجة ودليل، وأن مخالفة العرف الذي استقر في النفوس، واعتاده الناس، يكون فيه حرج عليهم، ومشقة في تعاملهم، وضيق عليهم، والله سبحانه وتعالى رفع الحرج والضيق عن الناس[3]، فقال تعالى: ﴿وما جَعَلَ عليكم في الدِّين مِنْ حَرَج﴾.

ولذا يعتبر الحنفية أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الأثر موقوف على ابن مسعود، وليس حديثاً مرفوعاً إلى رسول الله ـ ﷺ ـ، كما قال رجال الحديث[4].

ويرد على الاعتراض أن الحديث الموقوف إذا كان لا يدرك بالرأي والاجتهاد فيأخذ حكم المرفوع، وما عند الله تعالى من حسن وقبح لا يدركه العقل عند أهل السنة والجماعة فيكون الحديث مرفوعاً.

والجواب على هذا أننا لو سلمنا رفع الحديث فإن دلالته على حجية

---

(١) العرف والعادة، أبو سنَّة ص ٢٤.

(٢) سنذكر تخريجه بعد قليل.

(٣) أصول الفقه، أبو زهرة ص ٢٦١، أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥١.

(٤) قال العجلوني: رواه أحمد في كتاب السنة، وليس في مسنده، كما وهم، عن ابن مسعود، ثم قال: وأخرجه البزار والطبراني والطيالسي وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد عن ابن مسعود أيضاً وقال: والأصح وقفه عن ابن مسعود، انظر: كشف الخفا ٢/٢٦٣، ونقل السيوطي عن العلائي قوله: «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف، بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال»، الأشباه والنظائر، ص ٨٩، وقد وجدته في مسند أحمد، انظر: مجمع الزوائد ١/١٧٨، مسند أحمد ١/٣٧٩.

العرف غير سليمة، لأن المقصود هنا ليس تعارف العوام، بل تعارف المجتهدين بدليل كلمة «ما رآه» والرأي في عرف الصحابة والعلماء ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات، وهذا لا يصدر إلا عمن وصل إلى درجة الاجتهاد.

كما أنَّ لفظ «المسلمون» يدل على العموم والاستغراق، أي ما يراه جميع المسلمين، وهذا دليل على حجية الإجماع من أهل الحل والعقد، وليس على حجية العرف، ويمكن أن يقال: إنه دليل على حجية الاستحسان وليس العرف[1].

جـ - المعقول: العرف له سلطان كبير على النفس، ويتمتع بالاحترام العظيم في القبول، ويكوّن عند المتعارفين عليه طبيعة ثانية، فيرضون به بسهولة، ويحقق مصالحهم ومنافعهم، والشريعة جاءت لتحقيق المصالح، فيكون العرف الصحيح مصدراً ودليلاً وأصلاً من أصول الاستنباط، ووضعوا القاعدة المشهورة: «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي» والقاعدة الأخرى: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» وقال ابن عابدين في رسالته:

والعُرْفُ في الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكمُ قد يدار

ثالثاً - أدلة المنكرين:

استدل الشافعية والحنابلة على إنكار العرف كدليل مستقل بأنه لم تثبت حجة على اعتباره، وأن العرف هو عمل صادر عن ميل العقل الذي يقلد فيه الناس بعضهم بعضاً، ويستقر في نفوسهم، وتقبله طباعهم، فمصدر العرف العقل، ومظهره العمل[2].

وأن الحاكم الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، ولا حاكم إلا الله، ولا مجال للعقل في تشريع الأحكام، ولا يقبل أن يكون العقل دليلاً على تعلق حكم الله سبحانه في الفروع عند أهل السنة والجماعة، كما أن تعامل الناس على العرف،

---

(١) العرف والعادة ص ٢٥.

(٢) العرف والعادة، أبو سنّة ص ٢٩.

وجريان العمل به لا يصح أن يكون دليلاً على تحقيق المصالح وجلب المنافع والحصول على الخير المحض، بدليل أن كثيراً من الأعراف فاسدة، ولا تحقق مصلحة، بل تجلب الخراب والفساد والشر والانحراف، وتتأثر في ظهورها بالظروف العامة، والدعاية المضللة، ومع ذلك تسود بين الناس والشعوب والأقوام، وتتقبلها نفوسهم، وتسير عليها، وتجد الحرج والمشقة في تركها والخروج عنها، مثل وأد البنات أو كره البنات وعبادة الأصنام قديماً، ومثل السفور والفواحش وشرب الخمر والتعامل بالفوائد والربا مع المصارف حديثاً، ولذلك فلا يصح أن يكون العرف مقياساً للخير، ولا يصح أن يعتمد عليه المجتهد في بيان حكم الله تعالى، ولا يقبل أن يَحْتكم إليه القاضي والحاكم في تحديد الحقوق والواجبات في التعامل ما لم يؤيده دليل آخر.

فالعرف لا يعتبر أصلاً ومصدراً من مصادر التشريع إلا إذا اعتبره الشارع، أو جرى الشرع على اعتباره، وأن العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصحيحة كالإجماع أو الاستحسان أو المصلحة المرسلة[1].

رابعاً ـ الترجيح:

نلاحظ مما سبق أن جميع العلماء يحتجون بالعرف، ويرجعون إلى عادات الناس في بناء الأحكام عليها، وتفسير النصوص والوقائع في ضوئها، ووضع الفقهاء عدة قواعد تعتمد على العرف والعادة، وإنما اختلفوا في شروط العرف، وفي درجته التشريعية بين المصادر، وفي استقلاله أو تبعيته للمصادر الأخرى المأخوذ عنها.

كما رأينا أن القائلين بحجيته لم يقيموا له دليلاً صحيحاً، أو حجة كاملة، تثبت حجية العرف بشكل مستقل، وأن المصادر لا يصح اعتبارها إلا إذا أقرها الشرع، أو أحال إليها، أو أشار إلى الأخذ بها. . .، وهذا لم يثبت في العرف.

ولذلك نرجح أن يكون العرف مصدراً تابعاً، وأنه يرجع إلى أحد الأدلة المتفق عليها كالإجماع، عند الاتفاق عليه وإقراره من المجتهدين، أو إلى

---

(١) العرف والعادة، أبو سنّة ص ٣٠ وما بعدها، قواعد الأحكام ٢/١٣٠.

المصلحة المرسلة لرعاية العرف لمصالح الناس وتحقيق منافعهم، أو إرجاع العرف إلى التعليل الذي يعتمده الحنفية في القياس، عند اعتبار الأوصاف المناسبة المؤثرة كاعتبار المشقة في التخفيف، المبنية على الكتاب والسنة برفع الحرج، والتيسير في الأحكام والتخفيف فيها، واختيار الأسهل[1].

وإن الاعتماد على العرف يقوم على أساس سليم، وتقدير صحيح، وهو أن الناس يتوفر عندهم العلم المسبق بالعرف في التعامل من جهة، فكأنهم اشترطوا ذلك صراحة ونصوا عليه في الاتفاق، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومن جهة أخرى فإن هذا العلم المسبق يرفع الجهل الذي يؤدي إلى الاختلاف والنزاع واشتباه الأمور، وأن انتشار العرف وشيوعه يجعل الأحكام الثابتة بالعرف مألوفة ومستساغة ومقبولة، وكأن النفس ترضى بها وتقبل بموجبها، فإن جهل أحد العرف، أو طمع في مجاوزة حده، وحصل نزاع أو خلاف أو اختلاف في وجهات النظر رجع المتنازعان والحاكم إلى العرف السائد، ليبين حقوق كل طرف من الأطراف، ويحدد الواجبات الملقاة على عاتق كل منهما.

شروط العــرف:

اشترط العلماء للعمل بالعرف عدة شروط، أهمها:

١ - أن يكون **العرف عاماً شاملاً** بين الناس، فلا يكون عادة شخص بعينه، أو عادة جماعة قليلة وإلا كان عادة، والعادة لا تكون دليلاً إلا إذا اطَّردت أو غلبت أو عمَّت.

ويدخل تحت هذا الشرط أن يكون العرف قائماً موجوداً عند إنشاء التصرف، فإن كان العرف سائداً في الماضي ثم تغير وتبدل فلا يعمل به، وإن ظهر وشاع فيما بعد فلا يطبق على الوقائع والمسائل التي وقعت قبله، أي ليس له مفعول رجعي.

يقول ابن نجيـم: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن

---

(١) انظر تفصيل الموضوع في كتاب العرف والعادة، أبو سنَّة ص٣٣، ٣٦.

السابق، دون المتأخر، ولذلك قالوا: لا عبرة بالعرف الطارىء»[1].

كالعرف القائم بين التجار في نقل المبيع، أو تركيب الأثاث، والعرف القائم بين الناس في تحديد ما يتبع المبيع في بيع البيوت والسيارات، والعرف المشهور في بيع العقار أن نفقات التسجيل تقع على عاتق المشتري، وهكذا...

أما إن كان عرفاً خاصاً فيشترط اطِّراده بين أهله، وشيوع استعماله في محله، أما إن لم يتكرر استعماله، ولم يستقر في التعامل فلا يرجع إليه[2].

٢ - **أن لا يعارض العرف نص أو إجماع**، وإلا كان عرفاً باطلاً لا قيمة له، وهو العرف الفاسد، لأن مخالفته للنص أو الإجماع يجعله معارضاً له، وعند المعارضة يقدم الراجح، والنص أو الإجماع أقوى من العرف، كما أن العرف الذي يخالف النص أو الإجماع يكون عرفاً فاسداً ولا يعمل به، كتعارف الناس على ارتكاب المحرمات من الربا وشرب الخمر واختلاط النساء مع الرجال وكشف العورة ولبس الحرير والذهب للرجال، وخاصة خاتم الذهب للرجل بعد الخطبة والزواج، وسفر المرأة منفردة بدون محرم، وغيرها، وهذا عرف فاسد، مردود، واتباع للهوى، وإبطال للنصوص، وهو غير مقبول قطعاً، ولا يعتبر في نظر الشارع، ولا يَلْتفت إليه المجتهد، ولا يهتم به القاضي والمفتي، بل يجب التنبيه على بطلانه وفساده ومخالفته وإثم فاعله[3].

ولكن مخالفة العرف للنص يحتاج إلى تفصيل، فإن كان العرف قائماً زمن الوحي، وكان مخالفاً للنص من جميع الوجوه فهو الباطل أو الفاسد، وهو مردود، أما إن خالفه من وجه دون وجه آخر، فإن هذا العرف يخصص

---

(١) الأشباه والنظائر، له ص ١٠١، ٩٤، وانظر: أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥٢، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٢، المدخل الفقهي العام ٢/ ٨٧٠، العرف والعادة ص ٥٦، ٥٨، ٦٥.

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٠٣، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٦.

(٣) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥.

النص العام، ويقيد به النص المطلق، ويكون المراد من العام هو ما عدا العرف، كالاستصناع الذي كان شائعاً في زمن النبوة، ثم جاء النص بتحريم بيع المعدوم، بأن يبيع الإنسان ما ليس عنده، فكان العرف مخصصاً للنص، وبقي تحريم بيع المعدوم ساري المفعول فيما عدا الاستصناع، ومثل الوكالة المطلقة في البيع والزواج، فإن العلماء قالوا: إنها مقيدة بالعرف، في الكفاءة وثمن المثل ومهر المثل[1].

كما **يقدم العرف على الاستعمال الشرعي في الأيمان** إذا لم يتعلق بالاستعمال الشرعي حكم، كمن حلف ألا يجلس على فراش أو بساط ثم جلس على الأرض، فلا يحنث، مع أن القرآن الكريم سماها فراشاً وبساطاً، أما إذا تعلق بالاستعمال الشرعي حكم فإنه يقدم على العرف، كمن حلف ألا يصوم، لم يحنث بمطلق الإمساك، ولا بصوم ساعة عن الطعام والشراب، ومن حلف لا ينكح فلانةً حنث بالعقد، لأنه النكاح الشائع شرعاً[2].

٣ - **ألا يصرح الأشخاص بخلاف العرف**، فإن صرحوا بخلافه بطل العمل به، ووجب الأخذ بما اتفقا عليه وصرحا به[3]، لأن الأخذ بالعرف ثبت بالدلالة، وأن المتعاقدين إذا سكتا على أمر اعتبر سكوتهم دلالة على الاعتماد على العرف، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ولكن إذا صرح المتعاقدان بخلافه بطلت الدلالة، لأنها أضعف من الصراحة، والقاعدة الفقهية تقول: لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، كما

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/١١٦، ١٢٤، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/١٢٤، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٦، أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥٢، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٣، ٩٦، المدخل الفقهي العام ٢/٨٧٦ وما بعدها، العرف والعادة ص ٦١، وقال الإمام أبو حنيفة - خلافاً للصاحبين - الوكالة المطلقة لا تقيد بثمن المثل...

(٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٦، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٣.

(٣) قال العز بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه صح» وضرب أمثلة لذلك (قواعد الأحكام ٢/١٨٦).

لا عبرة للمجاز في مقابلة الحقيقة، كما لو كان العرف السائد أن نفقات التسجيل في العقار تقع على عاتق المشتري، ولكن المشتري صرح في العقد بخلافه، وأن النفقات تقع على البائع، فيؤخذ بما اتفقا عليه، ولا عبرة للعرف، وكما لو كان مهر المثل ألفين، واتفق الزوجان على زيادته أو نقصه عمل بالاتفاق، كما لو كان ثمن المثل كذا، وحصل الاتفاق في العقد على خلافه فيعمل بالاتفاق، وكما لو كانت المسجلة مثلاً والراديو يتبعان السيارة عرفاً عند بيعها، ولكن البائع اشترط ونص على رغبته في بقاء المسجلة والراديو له فيعمل بالاتفاق، لأن اتفاق المتعاقدين يحدد الالتزامات والحقوق لكل من الطرفين، فإن اتفقا على أمر معين كتأجيل الثمن أو الدفع بالتقسيط شهرياً أو تسليم المبيع في مكان معين، فهذا نص في إلغاء ما عداه، وعدم اللجوء إلى العرف وغيره[1].

قال العز بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف، إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، صح»[2].

أهمية العرف:

تبدو أهمية العرف بين مصادر التشريع من أربع نواح، وهي:

١ ـ **أنه يحقق مصالح الناس، ويؤمن لهم المنافع العامة، والمقاصد الرئيسة التي** جاءت الشريعة الغراء بها، فيرعى عاداتهم، وما يجري عليه تعاملهم، وما استقر عليه عملهم، واطمأنت له النفوس، وأَلِفته الطباع، ويكون هذا التعامل ـ متى توفرت فيه شروط العرف ـ مصدراً للتشريع، وبذلك تلتقي أهداف الشريعة مع مصالح الناس بشكل تلقائي وعفوي، ويكون التصرف الفطري السليم معترفاً به في الاستنباط وبيان الأحكام، لأن هذا الدِّين دِين الفطرة.

٢ ـ **يعطي العرف دليلاً جديداً على مرونة الشريعة الخالدة**، أو يؤكد هذه المرونة

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٨٧٥، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/١٢٤.

(٢) قواعد الأحكام، له ٢/١٨٦، وانظر: المصدر السابق ٢/١٢٦ وما بعدها.

لتكون الشريعة الغراء مسايرة لتطور الأحداث، وتكون صالحة لكل زمان ومكـان، وأنها تحقق أهـداف المجتمعات المختلفـة، وأغراض النـاس والشعوب المتعددة، وتستجيب لمختلف البيئات والظروف بدون أن يلزمهم بكل صغيرة وكبيرة، أو يفرض عليهم الأحكام والاجتهادات التي تصلح في زمان دون آخر، وتسعد الناس في مكان دون آخر، بل تركت الشريعة جانباً كبيراً من الأحكام التي تتكيف مع جميع الأزمنة والأمكنة، وفتحت الأبواب الواسعة لتحقيق مصالح الناس ومنافعهم في إطـار النصوص الشـرعية، والأحكام العامة، والمقاصد الرئيسة، وهذا يؤكد أيضاً ميزة التيسير والسهولة المتوفرة في الفقه الإسلامي، وأن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف.

٣ ـ **يعد العرف مصدراً خصباً للفقه الإسلامي**، يمده بعدد وفير من الأحكام الشرعية، ويستوعب الحلول العملية التي يبدعها الفكر العام في إيجاد الأحكام المختلفة ويزود المجتهد أو العالم أو المفكر المسلم بمداد دائم لبيان الأحكام، ومراعاة الأعراف السائدة، وتلبيته الحـاجات المتـطورة، والاهتمام بمصالح المجتمع وتطوره وسيره، ليكون الفقه باستمرار مسايراً للتطور دون أن يقف خلفه أو متخلفاً عنه، وإذا كان من الترف الفكري والعقلي وجود الفقه الافتراضي، فإنه من التقصير الآثم، والمسؤولية العظمى أمام الله تعالى أن يقف الفقه أو الاجتهاد أو العلماء متخلفين عن حاجات الأمة، ومتطلبات العصر، وتقدم المجتمع، وتطور الحياة.

٤ ـ **وجوب اطلاع المفتي على العرف السائد بين الناس، كما أنه من شروط المجتهد** أن يعرف عادات الناس، فإذا سئل عالم عن مسألة أو قضية أو واقعة، ولم يجد لها نصاً، وإنما ذكر الأئمة والفقهاء لها حكماً معتمداً على أعراف زمانهم وعادات مجتمعهم فلا يصح للمفتي أن يعطي الجـواب المسطور في الكتب إلا بعد أن يتأكد من العرف الحاضر، والعادة السائدة في بلد السائل، ليتأكد من موافقتها لما سبق، وإلا وقع في خطأ جسيم، وأوقع الناس في حرج ومشقة، وكان جوابه خطأ وجهلاً في الدِّين.

يقول القرافي: «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت، لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا: أن لا يفتيه بما عادته يفتي به، حتى يسأله عن بلده، وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا، وإن كان اللفظ عرفياً، فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه؟ . . . ثم قال: ينبغي للمفتي أن لا يأخذ بظاهر لفظ المستفتي العامي حتى يتبين مقصوده، فإن العامة ربما عبروا بالألفاظ الصريحة عن غير مدلول ذلك اللفظ»[1].

وتتأكد أهمية العرف بأنه يتمم النصوص العامة التي تعجز عن ذكر كل شاردة أو واردة، ولا يمكن لتشريع أن يستغني عن العرف، لذلك وردت الاستعانة به في كل أبواب الفقه[2].

مكانة العرف بين مصادر التشريع:

العرف الصحيح يعتبر دليلاً شرعياً، وحجة للأحكام عند فقد النص في القرآن الكريم والسنة الشريفة، وعند عدم الإجماع عليه وعدم قياس المسألة على أصل منصوص عليه.

ولكنه **يقدَّم على القياس عند الحنفية** فيعدل المجتهد عن القياس إلى الاستحسان لوجود المصلحة المتعارف عليها، أو لوجود الضرورة التي يقدرها المجتهد للاستحسان والعدول عن القياس لوجود الحرج والمشقة، لأن الاستحسان قياس خفي راجح.

كما أن المالكية يقدمون العرف على القياس، ويتركون القياس إذا خالفه العرف، ويتوسع المالكية في الاعتماد على العرف، فيحتل مركزاً كبيراً، ومجالاً واسعاً في الفقه المالكي، سواء في الاستدلال به أو في تفسير الألفاظ، وحمل المعاني عليه، وخاصة في العقود والأيمان والطلاق[3].

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، له ص ٢٤٩، ٢٥٢.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٨٤٨.

(٣) أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥١، مالك، أبو زهرة ص ٤٤٨، ٤٤٩.

واتفق الحنفية والمالكية على أن العرف يخصص النص العام، فمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً، فلا يحنث عند الحنفية والمالكية، مع أن لفظ اللحم عام، يشمل الحيوان والطير والسمك[1] وورد به القرآن الكريم، فقال تعالى: ﴿وهو الذي سَخَّر البَحْرَ لتَأْكُلُوا مِنْه لَحْماً طَرِياً﴾ (سورة النحل) الآية): ١٤.

وباختصار يجب مراعاة العرف من قبل المجتهد والمفتي والقاضي والمصلح والمحكم والخبير عند الاستنباط والاجتهاد وبيان الفتوى في المسائل وحل الخلافات في المحاكم ومراعاة مألوف الناس وعاداتهم في الصلح والتحكيم وبيان الخبرة والمشورة.

ولا يخفى ما للعرف من أهمية ومكانة عظيمة في التشريعات الوضعية، فيعتبر العرف المصدر الوحيد والرئيس عند عدم وجود التشريعات المكتوبة، كما كان سائداً عند البدو والرحل والقبائل والمجتمعات الناشئة، ولا يزال القانون العرفي معتمداً عليه في بريطانيا، كما يلعب العرف دوراً بارزاً بين المصادر الاحتياطية في القوانين المكتوبة، وينص عليه غالباً، وقد تأتي درجته بعد النص المكتوب مباشرة، المادة ١ من القانون المدني المصري، وفي الدرجة الثانية بعد الشريعة كما صرح القانون المدني السوري.

وقد راعى الشارع الإسلامي الحكيم العادات الحسنة والأعراف السائدة عند نزول الوحي، كإقرار الدية في القتل، والقرابة في الميراث. . . ، ولكنه ألغى العادات الفاسدة، والأعراف السيئة، والتعامل الجائر في الحروب وغيرها[2].

قال السيوطي: «قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف»[3].

وإن مراعاة العرف يتفق مع أهداف الشريعة في تحقيق المصالح، ودرء

---

(١) أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥١، مالك، أبو زهرة ص ٤٤٨، ٤٤٩.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٩، وانظر للتوسع والأمثلة في هذا الموضوع: كتاب العرف والعادة، أبو سنّة ص ٦٩ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر، له ص ٩٨.

المفاسد، ورفع الحرج والمشقة، وإصلاح أحوال الناس في حياتهم ومعايشهم، وإن مجافاة العرف ومعارضته يخالف مبادىء الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير.

ويمتاز العرف على غيره من المصادر أن الأحكام الشرعية الثابتة فيه تكون حجة ما دام العرف جارياً عليه، **فمتى تغير العرف تغير الحكم الشرعي**، ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة «لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»؛ لأن ما بني على العرف يدور معه وجوداً وعدماً.

وهذه القاعدة في تغير الأحكام محصورة في الأحكام المبنية على العرف الذي يحقق مصالح الناس، فإن تغير العرف، وتغيرت المصالح، تغيرت الأحكام، ولا تشمل هذه القاعدة الأحكام الثابتة بالنص أو بالإجماع أو القياس، فإن الأحكام فيها ثابتة لا تتغير ولا تتبدل.

وهذه الميزة للعرف تضفي على الأحكام المرونة التشريعية في التجاوب مع حاجات الناس، ومتطلبات الأمة، وتغير المصالح، وتحقيق المنافع، لتكون الشريعة الإسلامية بحق مصدراً خالداً للتطبيق، وصالحاً لكل زمان ومكان.

وكان المجتهد الواحد يغير الأحكام المبنية على العرف إذا رأى تغير العرف في البلد الواحد، أو من بلد إلى بلد، أو من زمان إلى آخر كما حدث مع الإمام الشافعي.

كما كان الأئمة والمجتهدون والفقهاء يختلفون في بعض الأحكام بناء على اختلاف العرف الشائع في زمانهم، أو بلدانهم، وهو أحد أسباب الاختلاف بين الفقهاء[1].

كما كان المجتهدون والفقهاء يغيرون الأحكام المبنية على العرف، ويخالفون إمام مذهبهم، لاختلاف العرف بين المتقدمين والمتأخرين، ويقولون: إنه اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان، وهذا ما حدث بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، وحدث في بقية المذاهب الأخرى.

---

(١) انظر في أسباب اختلاف الفقهاء كتاب أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٤٠ وما بعدها ٧٤.

قال ابن عابدين: «ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا، أخذاً من قواعد مذهبه»[1].

التطبيقات الفقهية للعرف:

يعتمد الفقهاء على العرف والعادة في بيان الأحكام وتعليلها، ويحتكمون إليه في كثير من أبواب الفقه الفرعية، ويذكرونه في مواطن متعددة، وإذا تغيرت الأعراف والعادات تغيرت الأحكام السابقة، يقول ابن القيم: «وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع»[2]، ونحن نذكر أهمها في الأيمان والطلاق والدعاوى والبيع.

أولاً ـ الأيمـــان:

يرى الحنفية أن الأيمان مبنية على العرف والعادة، لأن الحالف يقصد المعهود المتعارف عنده، فيتقيد بلفظه، بينما يرى المالكية أن المعتبر في الأيمان هو النية، فإن عدمت فقرينة الحال فإن عدمت فعرف اللفظ، ويرى الحنابلة أن العبرة في الأيمان إلى نية الحالف، ويرى الشافعية أن الأيمان على الحقيقة أولاً، ثم على العرف[3]، ونذكر بعض الأمثلة:

١ ـ حلف ألا يشتري لحماً، أو لا يبيع في السوق، وكان الدافع إلى اليمين والباعث عليه كثرة الازدحام، فيحمل اليمين عليه، فإذا زال الازدحام فيبيع ويشتري عند المالكية[4].

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥، ١٢٨.

(٢) أعلام الموقعين ٢/٤٤٨، وقال السيوطي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة» الأشباه والنظائر ص ٩٠، وانظر رسالة: العرف والعادة ص ٨١ وما بعدها، ١٢٩، قواعد الأحكام ٢/١٢٦ وما بعدها.

(٣) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٤٦، أعلام الموقعين ٣/٨٠، ٩٨، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٧، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٨، العرف والعادة ص ١٢٢.

(٤) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، هامش ص ٢٣٩.

٢ ـ حلف ألا يركب دابة، فيقع اليمين على الدواب التي يركبها الناس عادة، كالخيول والحمير والبغال، فلو ركب ثوراً أو فيلاً فلا يحنث في يمينه؛ لأن العرف خصص الدابة فيما تعارفوه، وهم لم يتعارفوا ركب الجمال أو الثيران أو الفيلة، أما إذا تعارفوا ركب الجمال كالبدو فيحنث بركوبها، وإن كانوا يركبون الفيلة كالهند فإنه يحنث في الهند دون غيرها عند الحنفية، خلافاً للشافعية الذين يقولون بالحنث في جميع الحالات مراعاة لدلالة اللفظ[١].

٣ ـ حلف ألا يدخل بيتاً فدخل مسجداً، أو بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو دخل الكعبة، لم يحنث لأن هذه الأمكنة لا تسمى بيتاً في العرف والعادة، ولا يحنث بدخولها عند الحنفية والشافعية[٢].

٤ ـ حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً فلا يحنث عند الحنفية والشافعية، مع أن الله سبحانه وتعالى سماه لحماً فقال تعالى: ﴿وهو الذي سَخَّر البَحْر لتأْكُلُوا منه لحماً طَرِياً﴾ (سورة النحل) الآية: ١٤، لأن السمك لا يراد عرفاً عند إطلاق اسم اللحم، وقال المالكية والحنابلة يحنث بأكل السمك، لأن الله سماه لحماً في الآية السابقة، وفي قوله تعالى: ﴿ومِنْ كُلٍّ تأكلونَ لَحْماً طرياً﴾ (سورة فاطر) الآية: ١٢[٣].

٥ ـ حلف ألا يضع قدمه في دار فلان، فإنه يحنث إذا دخل الدار، سواء أدخلها ماشياً أم راكباً، لأن وضع القدم في العرف معناه الدخول، وليس مجرد ملاصقة قدمه للدار، فإن وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها فلا يحنث[٤].

ثانياً ـ الطـــلاق:

١ ـ إذا قال الرجل لزوجته: علي الطلاق، فيقع طلاقه، مع أن الطلاق يقع في

---

(١) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٩١.

(٢) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ١/٥٠ والمراجع المشار إليها.

(٣) الفقه الإسلامي ١/٨١ والمراجع المشار إليها، وانظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٩، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٣.

(٤) رسائل ابن عابدين: ٢/١١٤.

الأصل على المرأة، ولكن جرى العرف أن المقصود من هذه العبارة إيقاع الطلاق على المرأة فيقع بحسب العرف.

٢ - إذا قال رجل: علي الحرام، فالعرف والعادة تفيد أن اللفظ يقصد منه إيقاع الطلاق على المرأة، مع أن قوله إخبار، وهو إخبار كاذب لأن زوجته حلال عليه وليس حراماً، ولكن العرف يقلب هذه العبارة إلى الإنشاء، وكأنه ينشىء الطلاق الآن[١].

٣ - جاء في مدونة الإمام مالك رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته: أنت علي حرام، أو خلية، أو برية، أو وهبتك لأهلك، يلزم الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من الثلاث، لأن هذه الألفاظ اشتهرت في عرف الاستعمال القديم في إزالة العصمة، واشتهرت في العدد الثلاث، مع أن صيغة الكلام يدل لغة على الإخبار الماضي أو الحاضر، أن زوجته حرام عليه، وهذا كذب، لأن الزوجة حل لزوجها، ولكنها انتقلت في العرف إلى إزالة العصمة والعدد الثلاث وإنشاء الحرمة[٢].

واليوم تغير العرف، وأصبحت هذه العبارات تستعمل للطلاق الرجعي، فيقع الطلاق رجعياً، لأن الحكم السابق في المدونة مبني على العرف، وقد تغير العرف، فيجب أن يتغير الحكم المبني عليه.

٤ - قال رجل لزوجته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، وكان السبب في الطلاق وجود فاسق في الدار، فإن انتقل الفاسق منها، ودخلتها فلا تطلق، لأن اللفظ يتقيد بذلك[٣].

ثالثاً - البيـــع:

١ - إذا قال شخص لآخر في البيع مرابحة: بعتك بما قامت علي، مع الربح

---

(١) انظر أقوال العلماء في حكم الحلف بالحرام في كتاب: أعلام الموقعين ٣/٨٤، العرف والعادة، أبو سنّة ص ١٤٩.

(٢) الإحكام، القرافي ص ٢٣٧.

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢٣٩.

بكذا ، فيفهم منه لغة أن يكون البيع بنفس السعر الذي دفعه، ولكن العرف والعادة جرت على إضافة ما دفعه البائع من أجرة الخياطة، والنقل والنفقات، ثم يضيف لكل ذلك نسبة الربح المتفق عليها[1].

٢ ـ بيع النحل ودود القز: منعه الإمام أبو حنيفة، لأنه لم يعتبرهما من الأموال قياساً على هوام الأرض كالضفادع، ولكن الإمام محمداً حكم بماليتهما وصحة بيعهما، لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراء[2].

٣ ـ جريان العرف اليوم على شراء بعض الحاجيات مع اشتراط الضمانة بالإصلاح لما يطرأ على المبيع خلال فترة زمنية معينة كالساعة والمذياع والرائي والسيارات والبرادات، وهذا تخصيص للحديث الذي نهى عن بيع وشرط[3].

٤ ـ الرجوع إلى العرف في ثمن المثل، وبيان الغبن الفاحش الذي يقع به الوكيل أو الولي، فإن الأطراف يرجعون إلى العرف، يقول ابن أبي الدم الشافعي: «والصواب عندنا في هذا أن يردَّ إلى العرف، ولا يضبط بعدد محصور، كعشر مثلاً، فإنه تحكُّم محض، بل يقال: كل ما قضى العرف وأهله فيه بأنه لا يعد غبناً، ويتسامحون به، فلا غبن فيه، ويصح بيع الوكيل بدونه، وما يحكمون فيه بأنه غبن لا يصح البيع فيه»[4].

٥ ـ ما يدخل في البيع تبعاً للمبيع حسب العرف، فيدخل في بيع السيارة الإطار الاحتياطي، أما الراديو والمسجلة فالعرف غير مطَّرد فيه، ويدخل في بيع البيت المفاتيح والسلم الثابت بخلاف المتحرك[5].

---

(١) الإحكام، القرافي ص ٢٣٦.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/١٩٠، وانظر أمثلة أخرى في: المدخل الفقهي العام ٢/٨٦٠ وما بعدها، قواعد الأحكام ٢/١٣٠ وما بعدها.

(٣) الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص ٤٤٤.

(٤) أدب القضاء، له ص ٥٨٥، وانظر: قواعد الأحكام ٢/١٣١.

(٥) الفروق، للقرافي ٣/٢٨٣، المدخل الفقهي العام ٢/٨٦٢.

رابعاً ـ الدعـــاوى:

١ ـ وضع العلماء قواعد للتمييز بين المدعي والمدعى عليه، منها أن المدعي من يوافق قوله الظاهر، فإذا كان الظاهر مبنياً على العادة، ثم تغيرت العادة، فلا يبقى الضابط مطبقاً على المدعى عليه، لأن قوله لا يوافق الظاهر، ولا يقبل قوله بيمينه، وإنما تجب عليه البينة، وينقلب الحكم لاختلاف العادة.

مثاله ما روي عن مالك رحمه الله تعالى: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول، أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائد[١].

٢ ـ الأصل أن القاضي يسمع كل الدعاوى، ثم يطلب البينة، فإن حضرت حكم بها، وإلا ردّ اليمين على المدعى عليه، ولكن الفقهاء استثنوا دعوى الزوجة المدخول بها على زوجها أنه لم يدفع معجل مهرها، وقالوا: لا يسمع دعواها، ويردّها قبل أن يسأل الزوج عنها، لأن عادة الناس مطردة أن المرأة لا تزف إلى زوجها إلا بعد دفع المهر المعجل، فظاهر الحال يكذب الدعوى فيردها القاضي.

وهذا مثال على رد الدعوى، والأول مثال على تصديق الزوج، وترجيح جانبه، واعتباره مدعى عليه؛ لأن قوله يوافق ظاهر الحال وأعراف الناس.

واليوم في عصرنا الحاضر تغير العرف، واضطربت العادات، فبعض النساء يقبضن المهر المعجل، والبعض الآخر يؤجلن المعجل، ويذكرون في العقد أن المعجل كذا غير مقبوض، والمؤجل كذا، ففي هذه الأيام يجب سماع الدعوى من الزوجة، ويقبل قولها بعدم قبض المهر مع اليمين، وعلى الزوج إقامة البينة أنه دفع المعجل.

٣ ـ قبض المهر: الأصل أنه لا يجوز دفع المال لغير صاحبه إلا إذا كان ولياً أو

---

(١) الإحكام، القرافي ص ٢٣٣، وانظر: العرف والعادة ص ١١٥.

وكيلاً، واستثنى الحنفية البنت البكر البالغة، فإذا قبض أبوها أو جدها المهر من زوجها يكون نافذاً عليها، مع أنه لا ولاية له عليها، إلا إذا صرحت بالنهي عن دفع المهر إليه، لأن العرف والعادة أن البنت البكر، وإن كانت بالغة، فإن الحياء يعلوها، وتستحي أن تغشى مجلس العقد أمام عصباتها وأقربائها، وأن الآباء يقومون مقامها في قبض المهر بدون وكالة منها [1].

ولكن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل حديثاً، أراد أن يغير هذا العرف، فنص في المادة ٦٠ على أن المهر حق للزوجة، ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات، إن كانت كاملة الأهلية، ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه.

ونكتفي بهذه الأمثلة والحالات في بيان التطبيقات الفقهية للعرف، مع أنه يرجع إلى العرف في أمور كثيرة جداً، في مختلف الأبواب الفقهية، ولا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه إلا ويرجع فيه الفقيه والقاضي إلى العرف، كالحرز في السرقة، والاستلام في العقود، والتفرق في المجلس، والقبض للعوض، وإحياء الموات، والاستيلاء في الغصب، وحفظ الأمانة والوديعة، واستعمال العين المستأجرة، وكيفية استيفاء المنفعة منها، والكفاءة في الزواج، ومهر المثل، وسعر السوق، وقيمة المبيعات عند الغصب أو الاختلاف، والتعارف على وقف المنقول، ومقدار النفقة، والعيب في المبيع، والعادة في الحيض والنفاس، وألفاظ الوقف والوصية، والاختلاف بين الزوجين في متاع البيت، وطول الزمن، والتأخير المانع من الرد بالعيب، وفي الجرائم كالشتم والإهانة، وفي تقدير العقوبة التعزيرية وغيرها، وحق الجوار، واستعمال العارية، ونفقة الزوجة لقوله تعالى: ﴿ولهنَّ مثلُ الذي عَلَيْهن بالمَعْرُوف﴾ (البقرة) الآية: ٢٢٨ [2].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٩١١.

(٢) نقلنا سابقاً قول ابن القيم أن العرف يجري مجرى النطق في أكثر من مائة موضع، (أعلام الموقعين ٢/٤٤٨، ٣/٩٨)، وانظر: الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩٠ الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٥، المدخل الفقهي العام ٢/٨٤٨، الإسلام عقيدة وشريعة، الشيخ محمود شلتوت ص ١٦٧.

تغير الأحكام المبنية على العرف:

ونختم الكلام عن العرف بذكر أهم ميزاته، وهي أن الأحكام المبنية على العرف والعادة تتغير عند تغير الأعراف والعبادات.

يقول ابن عابدين: «ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا، أخذاً من قواعد مذهبه» [1].

ونضرب بعض الأمثلة على ذلك:

١ ـ **ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة**، عن عمر رضي الله عنه في رسالته: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» وكان المسلم في زمن الإمام أبي حنيفة يلتزم بالإسلام قولاً وعملاً، عقيدة وشريعة، نظاماً وسلوكاً، فكانت صفة الإسلام في الشخص تكفي في قبول شهادته، كما كان الإمام في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية بقوله: «خَيْر القرون قَرْني، ثمَّ الذين يَلُونَهم، ثم الذين يَلُونَهم، ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه، ويمينه شهادته»[2].

ثم قال الصاحبان وبقية علماء الحنفية لا يكتفي بظاهر العدالة في الشهادة، ولا بدَّ من التزكية، لتغير العرف في زمنهم، بظهور أشخاص ينطقون بالشهادة، ويتحلون بصفة الإسلام، ولكنهم لا يلتزمون بجميع أحكامه ونظمه وعباداته وسلوكه، فتناقض وصفهم مع فعلهم وفشا الكذب، لذلك وجب السؤال عنهم وتزكيتهم لقبول الشهادة أو رفضها[3].

٢ ـ **الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه**: أفتى المتقدمون بمنع الاستئجار لذلك، وحرموا أخذ الأجرة؛ لأن تعليم القرآن واجب على المقرىء والعالم من

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥، وانظر: العرف والعادة ص ٨٣.

(٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأحمد عن ابن مسعود، وروى الطبراني والحاكم مثله عن عمران بن حصين وابن مسعود وجعده بن هبيرة، (الفتح الكبير ٢/٩٩).

(٣) أصول الفقه، أبو زهرة ص ٢٦٤، رسائل ابن عابدين ٢/١٢٦.

جهة، والمكلف إذا قام بواجبه لا يستحق عليه أجرة، ومن جهة أخرى كان الناس يلتفون حول العلماء، ويطلبون رضاهم، ويبذلون لهم أغلى ما يملكون، وكان الحكام يخصصون للعلماء أجزية وعطايا مستمرة ودائمة بمقدار كفايتهم وزيادة، ثم انقطعت هذه العطايا، ونضب البذل والسخاء للعلماء، وبخل الناس بما عندهم، وضنوا على العلماء والقراء، فأفتى المتأخرون بجواز الاستئجار على تعليم القرآن وبقية العلوم الشرعية، وأجازوا أخذ الأجرة لتأمين حاجة المعلمين ومعاشهم، خشية أن يشغلوا بكسب الرزق عن التعليم فيضيع على الناس خير عميم، وتضيع عقيدتهم وأموالهم بعد ذلك[1].

٣ ـ **الشرط المفسد**: هو كل شرط يمنح أحد العاقدين منفعة زائدة على حساب الآخر، وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، كشرط المشتري على البائع طحن الحنطة، أو نقل الأثاث إلى البيت على نفقة البائع، أو إصلاح الآلة إذا تعطلت، أو استعمال المبيع مدة معينة بعد البيع من قبل البائع، والشرط المفسد يفسد العقد؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع وشرط»[2].

واستثنى الحنفية من هذه الشروط ما تعارف عليه الناس كالأمثلة السابقة، ومثل بيع الوفاء الذي تعارفه الناس؛ لأن النهي عن الشرط مع البيع يمنح أحد العاقدين منفعة زائدة يفرضها صاحبها على غيره، مستغلاً حاجة الآخر، أو ضعفه أو جهالته وكل ذلك يؤدي إلى منازعة، فإن تعارف الناس الشرط أصبح معلوماً ومعروفاً وتزول به الجهالة، وترفع عنه المنازعة ويكون الشرط المتعارف كالمنصوص عليه في العقد فيكون صحيحاً؛ لأن المعروف عُرْفاً كالمشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم[3].

٤ ـ **القرض**: أجاز الإمام محمد اقتراض الخبز عدداً بين الجيران، وهو الراجح

---

(١) رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢، أصول الفقه، أبو زهرة ص ٢٦٤.

(٢) سبق تخريجه ص ١١٧.

(٣) المدخل الفقهي العام ٩٠١/٢، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، زكي الدين شعبان ص ١٠٥، رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢، ١٤١.

المعمول به والمفتى به عند الحنفية، لتعارف الناس ذلك، وحاجاتهم إليه، مع التفاوت في الوزن بين رغيف ورغيف.

مع أن الخبز مال ربوي من صنف الموزونات، والزيادة في الوزن ربا، وهو محرم والقرض فاسد، ولكن الإمام محمداً أجازه، واعتمد العرف الشائع، بأن تعارف الناس اقتراض الخبز بالعدد أسقط الوزن، واكتفوا بالعدد[1].

٥ - **لفظ أستـــاذ**: كان يطلق على رب العمل من أهل الصناعات، فإذا وضع الرجل ابنه عند أستاذ، ثم اختلفوا على الأجرة، فالأستاذ يطلب أجرة؛ لأنه سيعلم الولد الصناعة، والأب يطلب الأجرة؛ لأن ولـده يخدم الأستـاذ ويساعده ويقدم له المنفعة، والأستاذ يستفيد منه، ويستغل جهده، فيرجع إلى العرف الخاص بهذه الحرفة أو المهنة[2]، ومثل ذلك في وقتنا الحاضر اسم «المعلم» فإنه يطلق رسمياً على المعلم في المدارس الابتدائية، كما يطلق على أرباب الصناعات والأعمال المهنية كالحلاقين، فيرجع إلى عرف كل منه فيما يختلفون به.

والأمثلة على ذلك كثيرة **كالإكراه من غير الحاكم، والوقف للمنقول، وتضمين الأجير المشترك، والعدالة المطلوبة في الشهادة**، وقد خالف كثير من العلماء أئمتهم في بعض المسائل لتغير العرف والعادات والأزمان، ويقولون: إنه اختلاف عصر وزمان، وليس اختلاف حجة وبرهان، كما يعللون الأحكـام الجديدة المخالفة لسابقتها: بأنه اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، ويقولون: إنه لو وجد الإمام في هذا العصر لقال بذلك، ولذا ساغ للمتأخرين أن يخالفوا آراء المتقدمين باتفاق إذا كانت مبنية على العرف الذي يرعاه المجتهد في القياس والاستحسان والمصالح المرسلة[3]، ووضع الفقهاء القاعدة المشهورة: **لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان**.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٩٠٣/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام ٨٩٧/٢.

(٣) أصول الفقه، أبو زهرة ص٢٦٢، أعـلام الموقعين ٩٩/٣، أبـو حنيفة، أبـو زهرة =

وهذا يدل على الواقعية في الفقه الإسلامي، وعلى المرونة في أحكامه، وهذا منتهى العدل بين الناس، وإلاَّ ساد الظلم والجهل عند تطبيق الحكم المبني على عرف قديم على أفراد لا يدرون بهذا العرف، ولا يعملون بموجبه، ولا يعلمون به.

يقول القرافي: «إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد ـ مع تغير تلك العوائد ـ خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة، إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»[1].

وينقل ابن القيم هذا الكلام ويؤيده بقوله:

«وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضلَّ وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبَّب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم»[2].

القواعد الفقهية في العرف:

ونلخص بحث العرف بذكر القواعد الفقهية الموضوعة فيه، وهي:

١ ـ العادة محكمة.
٢ ـ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي.
٣ ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
٤ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
٥ ـ إنما تعتبر العادة إذا اطَّردت أو غَلَبَت.
٦ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

= ص ٣٥٤، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص ٤٤٥، العرف والعادة ص ٤٤، رسائل ابن عابدين ٢/١٢٦، ١٢٨، ١٣٣ وما بعدها.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، له ص ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٢) أعلام الموقعين ٣/١٠٠، وانظر: أبو حنيفة، أبو زهرة ص ٣٥٧، العرف والعادة ص ١٠٨، ١١٥، قواعد الأحكام ٢/١٣٠ وما بعدها.

٧ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة.

٨ ـ الكتاب كالخطاب.

٩ ـ الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان.

١٠ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

١١ ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

١٢ ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

* * *

الباب الرابع

في القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

نظرة تاريخية عن الفقه الإسلامي:

بدأت **الحركة الفقهية** بالظهور بعد وفاة رسول الله ﷺ، وقام الصحابة والتابعون ومن بعدهم الأئمة والعلماء والمجتهدون باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية، وشمروا عن أيديهم لاستخراج حكم المسائل والقضايا من الكتاب الكريم والسنة الشريفة، والاجتهاد بواسطة بقية المصادر، لاعتقادهم أن لكل قضية أو أمر من أمور الدنيا حكماً لله تعالى، وأنهم المكلفون ببيان هذه الأحكام، ومسؤولون أمام الله تعالى عن ذلك، فإذا حدث أمر، أو طرأت حادثة، أو أثيرت قضية، أو وقع نزاع، أو استجد بحث رجع الناس والحكام إلى العلماء والمجتهدين لمعرفة حكم الله تعالى في ذلك، وأحسَّ العلماء بواجبهم نحو هذه الأمانة فنظروا في كتاب الله تعالى، فإن وجدوا نصاً صريحاً بيَّنوه للناس، وإن لم يجدوا رجعوا إلى السنة دراسة وبحثاً وسؤالاً، فإن وجدوا ضالتهم المنشودة أعلنوها، وإن لم يجدوا نصاً في كتاب أو سنة شرعوا بالاجتهاد وبذل الجهد والنظر في الكتاب والسنة وما يتضمنان من قواعد مجملة، ومبادىء عامة، وإحالة صريحة أو ضمنية إلى المصادر الشرعية الأخرى، ويعملون عقولهم في تحقيق مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، ليصلوا من بعد ذلك إلى استنباط الأحكام الفقهية، وبيان الحلال والحرام، ومعرفة حكم الله تعالى، ... وتكوَّن من عملهم مجموعة ضخمة من الأحكام الشرعية والفروع الفقهية، وقاموا بواجبهم أحسن قيام في مسايرة التطور، ومواكبة الفتوح، ورسم المنهج الإلٓهي في حياة الفرد والمجتمع والدولة، لتبقى مستظلة بالأحكام الشرعية في كل صغيرة أو كبيرة.

ويظهر من هذه المقدمة أن **الفقه الإسلامي بدأ من الفروع والجزئيات**، واستمر على هذا المنوال طوال القرن الهجري الأول، وظهر خلال القرن الثاني عوامل جديدة وطرق مختلفة وتطورات ملموسة منها ظهور الفقه الافتراضي الذي اتجه إلى مسابقة الزمن، واستباق الحوادث، وافتراض القضايا والمسائل لبيان أحكامها الشرعية، كما ظهر أئمة المذاهب الذين دوَّنوا أحكامهم، وتميزت اجتهاداتهم، وتحددت قواعدهم وأصولهم في الاستنباط والاجتهاد، واستقل كل مذهب بمنهج معين في بيان الأحكام، معتمدين على القواعد والأصول التي يسيرون عليها، وبرزت للوجود ثلاثة أنواع من القواعد هي:

١ ـ **قواعد الاستنباط والاجتهاد**، وهي السبل التي يعتمد عليها المجتهد في معرفة الأحكام من المصادر الشرعية، وهي **قواعد علم أصول الفقه**.

٢ ـ **قواعد التخريج** التي وضعها العلماء لرواية الأحاديث وتدوين السنة، وقبول الأسانيد، والحكم عليها بالصحة أو الضعف، للاعتماد على الصحيح في الاجتهاد والاستنباط وترك الضعيف، والحذر من الموضوع، وهذه القواعد هي **مصطلح الحديث، أو أصول الحديث، أو قواعد التحديث**.

٣ ـ **قواعد الأحكام**، وهي القواعد التي صاغها العلماء، وخاصة أتباع الأئمة ومجتهدي المذاهب، لجمع الأحكام المتماثلة، والمسائل المتناظرة، وبيان أوجه الشبه بينها، ثم ربطها في عقد منظوم، يجمع شتاتها، ويؤلف بين أجزائها، ويقيم صلة القربى في أطرافها، لتصبح عائلة واحدة، وأسرة متضامنة، وهي **القواعد الكلية في الفقه الإسلامي**[١].

يحدثنا الإمام القرافي عن وجود هذه القواعد، فيقول:

«إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم.... إلخ.

---

(١) المدخل، شلبي ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

والقسم الثاني: قواعد كلية جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن كان يُشار إليها هناك على سبيل الإجمال، ويبقى تفصيله لم يتحصل...»[1] ثم يتابع كلامه عن فوائدها.

وهذه القواعد التي أشار إليها القرافي، وبيَّنا نشأتها سابقاً، هي مناط البحث في هذا الباب، ونقسم الكلام عنها إلى فصلين:

الفصل الأول: في تعريفها، فوائدها، مصادرها، التأليف فيها وكتبها.

الفصل الثاني: في شرح القواعد، وبيان أصولها، وما يدخل تحتها من أحكام ، وما يتفرع عنها من قواعد.

---

(١) الفروق، له ١/٢.



الفصل الأول

في تعريف القواعد
وفوائدها ومصادرها والتأليف فيها

وفيه مباحث

المبحث الأول

في تعريف القواعد

القواعد جمع قاعدة، والقاعدة لغة: الأساس، ومنه قواعد البناء أساسه، قال تعالى: ﴿وإذْ يَرْفَعُ إبراهيمُ القواعدَ مِنَ البيْتِ﴾[1].

والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، **وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته**[2]. فالقاعدة قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة، وتحيط بالفروع والمسائل من الأبواب المتفرقة، والقاعدة إما أن تطبق على جميع الفروع التي تدخل تحتها كما سبق في التعريف، وإما أن تشمل غالب الجزئيات أو أكثرها، ويخرج عنها بعض الفروع والجزئيات التي تطبق عليها قاعدة أخرى، ولذلك عرفها الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر بأنها «حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئيات».

وقد اخترت التعريف الأول الذي يفيد انطباق القاعدة على جميع الجزئيات، لأن الأصل فيها أن تكون كذلك، وأن خروج بعض الفروع عنها لا يضر ولا يؤثر، وتكون استثناء من القاعدة، لأن كل قاعدة أو مبدأ أو أصل له

---

(١) المصباح المنير ٢/٧٠٠، المفردات في غريب القرآن، الأصفهاني ص ٤٠٩.
(٢) المصباح المنير ٢/٧٠٠، كشاف اصطلاحات الفنون ٥/١١٧٦.

استثناء، وهذا الاستثناء لا يغير من حقيقة الأصل أو المبدأ، وقد صرحت المجلة بهذا فقالت في المادة الأولى منها: «ثم إن بعض هذه القواعد، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً».

الفرق بين القاعدة والضابط:

يميز العلماء بين القاعدة والضابط بأن القاعدة تحيط بالفروع والمسائل في أبواب فقهية مختلفة، مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها، فإنها تطبق على أبواب العبادات والجنايات والعقود والجهاد وغيـرها من أبواب الفقه.

أما الضابط فإنه يجمع الفروع والمسائل من باب واحد من الفقه، مثل: لا تصوم المرأة تطوعاً إلا بإذن الزوج أو كان مسافراً[1]، ومثل: «الكفار مكلفون بفروع الشريعة»، عند الشافعية، ومثل: الإسلام يجب ما قبله في حقوق الله دون ما تعلق به حق آدمي كالقصاص وضمان المال[2].

الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية:

رأينا أن العلماء وضعوا قواعـد أصوليـة للاستنبـاط والاجتهاد، وكـان تدوينها مبكراً وسابقاً على القواعد الفقهية، وأول من دونها وجمعها في كتاب مستقل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه «الرسالة» ، كما وضع الأئمة قواعد فقهية لجميع الأحكام المتشابهة، والمسائل المتناظرة، وكانت مبعثرة في الكتب والأبواب الفقهية، وتأخر تدوينها وجمعها بشكل مستقل، كما سنرى، وقد صرح القرافي بالنوعين السابقين وميز بينهما، لكنه جمع في كتابه «الفروق» بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، وكذلك

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيـم ص ١٧٣ المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٢٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٢٥٣، ٢٥٥، وانظر بحث «القواعد الفقهية» للمؤلف في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي ـ مكة المكرمة ـ العدد الخامس، عام ١٤٠٢ هـ، وانظر بحث «السيوطي والقواعد الفقهية» للمؤلف في مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق، عام ١٩٩٢ م.

فعل السيوطي الشافعي وابن نجيم الحنفي، وابن اللحام الحنبلي وغيرهم، ويمكن التمييز بين النوعين بما يلي:

١ - **أن القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد** يستعملها عند استنباط الأحكام الفقهية ومعرفة حكم الوقائع والمسائل المستجدة من المصادر الشرعية.

أما القواعد الفقهية فإنها خاصة بالفقيه أو المتعلم أو المفتي الذي يرجع إليها لمعرفة الحكم الموجود للفروع، ويعتمد عليها بدلاً من الرجوع إلى الأبواب الفقهية المتفرقة.

٢ - **تتصف القواعد الأصولية بالعموم والشمول** لجميع فروعها، كما تتصف **بالثبات** فلا تتغير ولا تتبدل.

أما القواعد الفقهية فإنها وإن كانت عامة وشاملة، **ولكنها تكثر فيها الاستثناءات**، وهذه الاستثناءات تشكل قواعد مستقلة أو قواعد فرعية، وهذا ما حدا بكثير من العلماء لاعتبار القواعد الفقهية قواعد أغلبية، وأنه لا يجوز الفتوى بمقتضاها.

كما أن القواعد الفقهية ليست ثابتة، وإنما تتغير لتغير الأحكام المبنية على العرف والمصلحة وسد الذرائع وغيرها، أما القواعد الأصولية فإنها ثابتة فلا تتغير ولا تتبدل[١].

الفرق بين القواعد والنظريات:

قلنا إن الفقه الإسلامي بدأ بالفروع والجزئيات، ثم انتقل إلى التقعيد بإقامة الضوابط الفقهية والقواعد الكلية، وهذه القواعد والضوابط مرحلة ممهدة لجمع القواعد المتشابهة والمبادىء العامة لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه، ولكن الظروف التي مرت بالأمة الإسلامية وأحاطت بالاجتهاد والعلماء أوقفت العمل عند مرحلة القواعد، إلى أن ظهرت في هذا القرن النهضة الفقهية والدراسة المقارنة، وشرع العلماء في صياغة النظريات

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٢٩٤ وما بعدها.

الأساسية في الفقه الإسلامي، مثل: نظرية العقد، ونظرية الملكية، ونظرية الأهلية، ونظرية الفساد، ونظرية البطلان، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد، ونظرية العقد الموقوف، ونظام الحكم في الإسلام، ونظام المال في الإسلام، ونظرية التكافل الاجتماعي، ونظام الجهاد، وغيرها مما يتيح للباحث أو الدارس أن يحصل على منهج الإسلام، وآراء الفقهاء في كل جانب من جوانب التشريع الأساسي في الإسلام.

والفرق بين القواعد الفقهية وبين النظريات أن القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تجمع الفروع والجزئيات، ويعتمد عليها الفقيه والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية، أما النظريات الفقهية فهي دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظاماً متكاملاً في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية[١].

مثال القواعد الفقهية قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» التي تفسر صيغة العقد وموضوعه لتحديد الآثار المترتبة عليها.

ومثال النظريات الأساسية: نظرية العقد التي تتناول جميع العقود الشرعية في مختلف أطرافها من التعريف والأركان والشروط والآثار، وموقع العقد بين مصادر الالتزام الأخرى.

والنظريات تعتمد على أركان وشروط تقوم عليها، أما القواعد الفقهية فليس لها أركان وشروط.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٢١٦/١ وما بعدها، ٩٤١/٢.

المبحث الأول

في فوائد القواعد الكلية وأهميتها

يبين لنا الإمام القرافي أهمية القواعد وفوائدها فيقول:

«وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، ومن جعل يُخرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع واختلفت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره، وتناسب»[1] .

وقال ابن نجيم: «الأول في معرفة القواعد التي تُردُّ إليها، وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى»[2] .

ويمكننا أن نلخص أهمية القواعد وفوائدها بما يلي:

١ - إن دراسة الفروع والجزئيات الفقهية يكاد يكون مستحيلاً، بينما يدرس المسلم قاعدة كلية تنطبق على فروع كثيرة لا حصر لها، ويتذكر القاعدة ليفرع عنها المسائل والفروع، يقول السيوطي:

«اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على

---

(١) الفروق، له ١/٣.

(٢) الأشباه والنظائر، له ص ١٥.

الإلحـاق والتخريـج، ومعرفـة أحكام المسـائـل التي ليست بمسـطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر»[1].

٢ ـ **إن دراسة الفروع والجزئيات إن حفظت كلها أو أغلبها فإنها سريعة النسيان**، ويحتاج الرجوع إليها في كل مرة إلى جهد ومشقة وحرج، أما القاعدة الكلية فهي سهلة الحفظ بعيدة النسيان، ومتى ذكر أمام الفقيه فرع أو مسألة فإنه يتذكر القاعدة، مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، أو «الضرر يزال» أو «يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام»، أو «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة».

٣ ـ **إن الأحكام الجزئية قد يتعارض ظاهرها**، ويبدو التناقض بين عللها، فيقع الطالب والباحث في الارتباك والخلط وتشتبه عليه الأمور، أما القاعدة الفقهية فإنها تضبط المسائل الفقهية، وتنسق بين الأحكام المتشابهة، وترد الفروع إلى أصولها، وتسهل على الطالب أخذها.

٤ ـ إن القواعد الكلية تسهل على رجال التشريع غير المختصين **فرصة الاطلاع** على الفقه بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه، وتقدّم العون لهم باستمداد الأحكام منه، ومراعاة الحقوق والواجبات فيه[2].

٥ ـ **تكوِّن القواعد الكلية عند الطالب ملكة فقهية** تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، والمشاكل المتكررة، والحوادث الجديدة.

---

(١) الأشباه والنظائر، له ص ٦.

(٢) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٢٩٦، المدخل، شلبي ص ٢٣٠.

المبحث الثالث

في مصادر القواعد الكلية

إن القواعد في الفقه الإسلامي - بصياغتها الأخيرة - هي من وضع وصياغة وترتيب الفقهاء على مر العصور، أما أصلها ونشأتها فكانت مستقاة من ثلاثة مصادر، هي:

١ - القرآن الكريم: فقد جاء القرآن الكريم بمبادىء عامة، وقواعد كلية، وضوابط شرعية لتكون مناراً وهداية لعلماء الأمة في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة وأغراضها العامة، وتتفق مع مصالح الناس، وتطور الأزمان واختلاف البيئات.

وقد حققت هذه المبادىء العامة هدفين أساسيين: الأول: تأكيد الكمال في دين الله تعالى الذي ورد في قوله تعالى: ﴿اليَوْمَ أكْمَلْتُ لكم دِينَكم، وأتْمَمْتُ عليكم نِعْمَتي، ورضيتُ لكم الإسْلامَ ديناً﴾ (سورة المائدة) الآية: ٨، والثاني: بيان ميزة المرونة في التشريع الإسلامي لمسايرة جميع العصور والبيئات، ليبقى صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان.

وهذه المبادىء العامة في القرآن الكريم كانت مصدراً مباشراً للأئمة والفقهاء في صياغة القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، والاستعانة بها لتشمل جميع الفروع التي تدخل تحتها، مثل قوله تعالى: ﴿وأمْرُهُم شُورى بَيْنَهم﴾ فهي تصف المؤمنين بالتشاور في جميع الأمور، سواء كانت عائلية أو اجتماعية أو إدارية أو سياسية أو حربية...، ومثل قوله تعالى: ﴿ولهُنَّ مثْلُ الذي عليهنَّ بالمعْرُوف﴾ التي تعتبر قاعدة عامة لتحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين[1].

---

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٢٩٢.

٢ ـ السنة النبوية: فقد أعطي رسول الله ﷺ جوامع الكلم، واختصر له الكلام اختصاراً، وكان عليه الصلاة والإسلام ينطق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج المثل، وتكون قاعدة كلية، ومبدأ عاماً ينطوي على الأحكام الكثيرة، والمسائل المتعددة والفروع المتكررة[1]، مثل قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» وقوله: «إنَّما الأعمال بالنيات» وقوله: «الدِّين النَّصيحة» وقوله: «كلُّ عملٍ ليسَ عليه أمرُنا فهو رد» وقوله: «الخَراج بالضَّمان» وقولـه: «الحَلال بيِّن، والحرام بيِّن».

٣ ـ الاجتهاد: وذلك باستنباط القواعد الكلية من الأصول الشرعية، ومبادىء اللغة العربية، ومسلمات المنطق، ومقتضيات العقول، فالعالم يرجع إلى هذه المصادر، ويبذل جهده فيها، ويجمع بين الأحكام المتشابهة، والمسائل المتناظرة، ويستخرج قاعدة كلية منها تشمل كل ما يدخل تحتها أو أغلبه، كما فعل علماء الأصول في وضع القواعد الأصولية، وكذلك سار الفقهاء في القواعد الفقهية، مثل قاعدة «الأمور بمقاصدها» المأخوذة من مجموعة من الأحاديث أهمها حديث «إنَّما الأعمالُ بالنيات»، ومثل قاعدة «الضَّررُ يُزال» المأخوذة من حديث «لا ضَرر ولا ضرار» مثل قاعدة «المرْءُ مؤاخذٌ بإقراره» المأخوذة من قوله تعالى: «وليُمْلِلْ الذي عليه الحق»، ومثل قاعدة «السؤال معاد في الجواب» المأخوذة من مبادىء اللغة العربية، ومثل قاعدة «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل» المأخوذة من لوازم التفكير ومبادىء العقل[2].

---

(١) طرق تدريس التربية الإسلامية، للمؤلف ص ٣٢٣، ٣٢٥.

(٢) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٢٩٣.

المبحث الرابع

في مؤلفات القواعد الكلية

بدأت صياغة القواعد الفقهية في عصر متقدم، وذلك منذ القرن الثاني الهجري ، ولكنها لم تفرد في التأليف والتصنيف والتدوين بشكل مستقل إلا بعد ذلك بقرنين تقريباً، وكانت المذاهب الفقهية قد نضجت وتبلورت، فأخذ تأليف القواعد طابع المذاهب الفقهية، واتجه علماء كل مذهب لكتابة القواعد في مذهبه، ولكن كانت صياغة القواعد غالباً عامة وواحدة ومشتركة بين المذاهب، وتختلف الفروع التي تدخل تحتها، وأول من بدأ في تدوين القواعد ـ فيما وصلنا ـ أبو طاهر الدباس إمام الحنفية فيما وراء النهر، وردَّ قواعد مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وسافر العلماء إليه لأخذها عنه، ولما بلغ ذلك القاضي حسين من الشافعية رد جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد[1]، ثم استمر التصنيف والإضافة والزيادة عليها، وانتقل إلى بقية المذاهب، وظهرت كتب القواعد بعدة أسماء مثل: كتب الأشباه والنظائر، وكتب الفروق، وكتب القواعد.

أولاً ـ كتب القواعد الكلية في المذهب الحنفي:

أول من بدأ التصنيف في القواعد ـ فيما نعلم ـ أبو طاهر الدباس الذي جمع سبع عشرة قاعدة في الفقه الحنفي، وصار يكررها كل ليلة في مسجده، ويعيدها ويصقلها.

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٥ ، المدخل، شلبي ص ٢٣٣ ، المدخل الفقهي العام ٢/٩٤٥.

ثم أخذها أبو الحسن الكرخي (٢٦٠ ـ ٣٤٠ هـ) عن أبي طاهر الدباس، وكان معاصراً له، وزاد عليها، ودوَّنها في رسالة «الأصول» التي جمع فيها فروع المذهب الحنفي [١].

وعندما جاء أبو زيد الدبوسي (عبيد الله بن عمر بن عيسى ٤٣٠ هـ) ألف كتابه تأسيس النظر في الأصول، وضمنه القواعد الكلية للفقه، مع الضوابط الفقهية، وأساس الاختلاف بين الأئمة[٢].

وجاء بعد ذلك نجم الدين عمر النسفي (٥٣٧ هـ) وتناول قواعد الكرخي، وذكر الأمثلة والشواهد لكل قاعدة من القواعد، وما تشتمل من الفروع الفقهية، والأحكام المستنبطة على المذهب الحنفي.

وانتقلت هذه القواعد مع شواهدها وأمثلتها من كتاب إلى آخر، حتى جاء إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠ هـ)، وألف كتابه «الأشباه والنظائر» الذي جمع فيه القواعد الكلية، ورتبها، وصنفها، وقسمها، وبين الفروع التي تشتمل عليها، ثم ذكر أصل القاعدة، والمسائل التي تستثنى منها، ورتب كتابه على سبعة فنون: الأول: معرفة القواعد، وهي أصل الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد، ولو في الفتوى، والثاني: فن الضوابط، وهو أنفع الأقسام للمدرس والمفتي والقاضي.

وقد صرح في مقدمة الكتاب أنه يريد أن يحاكي كتب الشافعية في القواعد، فقال: «وإن المشايخ الكرام قد ألفوا لنا ما بين مختصر ومطول من متون وشروح وفتاوى، واجتهدوا في المذهب والفتوى، إلا أني لم أر لهم كتاباً يحاكي كتاب الشيخ تاج الدين السبكي الشافعي مشتملاً على فنون في الفقه . . ، فألهمت أن أصنع كتاباً على النمط السابق»[٣].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) كتاب تأسيس النظر مطبوع ومعه رسالة الكرخي.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٥، ١٦، وقد اتجهت أنظار علماء الحنفية إلى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دراسة وتعليقاً وشرحاً، انظر: كشف الظنون ١/١٠٥، وأهم الشروح المطبوعة غمز عيون البصائر، للفقيه الحنفي أحمد بن محمد الحموي من علماء القرن الحادي عشر الهجري، ويلاحظ أن عبارات ابن نجيم تتفق تماماً في معظم =

ومن كتب القواعد عند الحنفية كتاب «الفروق»، للكرابيسي (٥٧٠ هـ) أبي المظفر أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري[١].

وكذا كتاب «مجامع الحقائق» للفقيه الحنفي محمد، أبي سعيد الخادمي (١١٥٥ هـ)، من علماء القرن الثاني عشر وكتابه في أصول الفقه، لكنه وضع في نهاية الكتاب أربعاً وخمسين قاعدة، وجاء فيما بعد مصطفى محمد الكوز الحصاري وشرح هذه القواعد في كتاب «منافع الدقائق» وقد سار الخادمي في كتابه على طريقة الزركشي الشافعي المتوفى ٧٩٤[٢].

ثم جاء مفتي دمشق، في عهد السلطان عبد الحميد، الشيخ محمود حمزة الدمشقي الحنفي المتوفى (١٣٠٥ هـ) وألف كتاباً في القواعد باسم «الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية»، وصنف القواعد حسب أبواب الفقه، وذكر لكل قاعدة مصدرها الفقهي وفروعها التي تدخل فيها[٣].

أما القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية فسوف نفصل الكلام عنها في نهاية هذا المبحث.

ثانياً ـ كتب القواعد الفقهية في المذهب الشافعي:

قلنا إن القواعد بدأت بالظهور في القرن الثاني الهجري، وكانت على

= الأحيان مع كتاب «الأشباه والنظائر» للسيوطي الشافعي المتوفى (٩١١ هـ) قبل ولادة ابن نجيم، فإما أن يكون ابن نجيم قد اعتمد على كتاب السيوطي حرفياً دون أن يصرح أو يشير إليه، وأما أن يكون السيوطي وابن نجيم قد اعتمدا حرفياً على كتاب «الأشباه والنظائر» لابن السبكي الشافعي أو ابن الوكيل الشافعي.

(١) كشف الظنون ١٨٨/٢، ويوجد من هذا الكتاب نسختان مخطوطتان في دار الكتب المصرية برقم ٢٩٢ و٢٩٣ فقه حنفي، ويقوم بتحقيقه ونشره أحد طلاب الدراسات العليا في كلية الشريعة والقانون بالأزهر، للحصول على شهادة الدكتوراه.

(٢) كتاب مجامع الدقائق مطبوع مع شرحه منافع الدقائق بالمطبعة العامرة بالقسطنطينية سنة ١٣٠٨.

(٣) الكتاب مطبوع في دمشق سنة ١٢٩٨ هـ ثم طبع بدار الفكر بدمشق سنة ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م.

قسمين: قواعد أصولية، وقواعد فقهية، وكان الإمام الشافعي أول من وضع ودوّن القواعد الأصولية، أما القواعد الفقهية فأقدم من وضعها وصاغها ودونها في الفقه الشافعي ـ فيما نعلم ـ القاضي حسين المتوفى سنة (٤٦٢ هـ) وكان إماماً كبيراً وصاحب وجه في المذهب، وصنف في الأصول والفروع والخلاف[١]، أما الكتب التي وضعت بشكل مستقل في القواعد على المذهب الشافعي فهي:

١ ـ الفروق، لوالد إمام الحرمين، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد بن حَيُّوية الجويني (٤٣٨ هـ)[٢].

٢ ـ قواعد في فروع الشافعية، معين الدين، أبو حامد، محمد بن إبراهيم الجاجرمي الشافعي المتوفى سنة ٦١٣ هـ، وقد أكثر الناس من الاشتغال بها في عصره، كما يقول ملا جلبي[٣].

٣ ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد، عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠ هـ)، وتسمى «القواعد الكبرى في فروع الشافعية»[٤] ومن تلامذة العز بن عبد السلام القرافي المالكي صاحب «الفروق».

٤ ـ الأشباه والنظائر، صدر الدين، محمد بن عمر بن الوكيل الشافعي (٧١٦ هـ)[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٧، طبقات الشافعية الكبرى ٣٥٦/٤، وفيات الأعيان ٤٠٠/١.

(٢) يوجد منه نسخة مخطوطة في تركيا، مكتبة ترخان، برقم ١٤٦، وذكره ملا كاتب جلبي في كشف الظنون ١٨٨/٢ كما ذكر كتباً أخرى للشافعية في الفروق في نفس الصفحة السابقة.

(٣) كشف الظنون ٢٤٢/٢.

(٤) الكتاب مطبوع بالقاهرة، وآخر طبعة نشرتها مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٨٨ هـ ١٦٩٨ م، وللعز بن عبد السلام كتاب «القواعد الصغرى»، وجاء القاضي عز الدين محمد بن أحمد جماعة ٨١٩ هـ وكتب ثلاثة شروح على «القواعد الكبرى» وثلاثة شروح على «القواعد الصغرى» انظر: كشف الظنون ٢٤٣/٢.

(٥) ذكره ملا جلبي في كشف الظنون ١٠٦/١، ويوجد منه نسخة مخطوطة نفيسة جداً، كتبت في القرن الثامن في المكتبة الأزهرية، ويوجد منه نسخة أخرى في جامعة الدول العربية.

٥ ـ المجموع المذَّهب في قواعد المذهب الشافعي، صلاح الدين بن خليل كَيْكَلْدِيّ العلائي الشافعي الحافظ الدمشقي المتوفى سنة ٧٦١ هـ[1].

٦ ـ الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ٧٧١ هـ، وهو الكتاب المشهور، اعتمد عليه السيوطي في «الأشباه والنظائر»، وأراد ابن نجيم الحنفي أن يحاكيه بوضع كتاب مثله في المذهب الحنفي[2].

٧ ـ الأشباه والنظائر، للأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الأسنوي الشافعي (٧٧٢ هـ)، لكن ابن السبكي يقول عنه: فيه أوهام كثيرة، لأنه مات عن مسودة[3].

٨ ـ القواعد في الفقه، للزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (٧٩٤ هـ) رتبها على حروف المعجم، وقد شرحها سراج الدين العبادي في مجلدين، واختصر الأصل الشيخ عبد الوهاب الشعراني (٩٧٣ هـ)[4].

٩ ـ القواعد، للشيخ شرف الدين علي بن عثمان الغزي، المتوفى سنة (٧٩٩ هـ)، وقد ذكر القاعدة وما يستثنى منها، ثم أدخل الألغاز فيها[5].

---

(١) ذكره ملا جلبي في «كشف الظنون» باسم «قواعد العلائي»، يقول عنها: وهي أجود القواعد، اختصرها الشيخ محمد بن عبد الله الصرخدي المتوفى سنة ٧٩٢ هـ، انظر: كشف الظنون ١/١٠٦، ٢/٢٤٢، ويوجد نسخة مخطوطة من هذا الكتاب بدار الكتب المصرية برقم ١٦١ أصول، وهو جزءان.

(٢) كشف الظنون ١/١٠٦، ولا يزال هذا الكتاب مخطوطاً يوجد منه عدة نسخ في المكتبة الأزهرية، ومكتبة جامعة الدول العربية، ومكتبة طلعت، ومكتبة أحمد الثالث في تركيا، ونسخة جامعة الدول العربية مكتوبة في حياة المؤلف سنة ٧٦٨ هـ، ثم طبع حديثاً.

(٣) كشف الظنون ١/١٠٦.

(٤) كشف الظنون ٢/٢٤٣، ويوجد من هذا الكتاب عدة نسخ مخطوطة بدار الكتب المصرية، والمكتبة الظاهرية بدمشق وحققه الدكتور تيسير فائق محمود، بعنوان «المنثور في القواعد الفقهية أو القواعد في الفروع» ونشرته وزارة الأوقاف بالكويت ١٤٠٢ هـ ١٩٨٣ م في ثلاثة أجزاء.

(٥) كشف الظنون ٢/٢٤٣.

١٠ ـ نواظر النظائر، وهو مختصر «الأشباه والنظائر، لابن السبكي»، لسراج الدين عمر بن علي، المعروف بابن المُلَقِّن الشافعي (٨٠٤) [١].

١١ ـ الأشباه والنظائر، جلال الدين، عبد الرحمٰن بن أبي بكر السيوطي الشافعي (٩١١ هـ)[٢].

قال السيوطي: «أول من فتح هذا الباب شيخ الإسلام ابن عبد السلام في «قواعده الكبرى»، فتبعه الزركشي في «القواعد»، وابن الوكيل في «أشباهه»، وقد قصد ابن السبكي بكتابه تحرير كتاب ابن الوكيل، وذلك بإشارة والده»[٣]

١٢ ـ الفوائد الملكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والضوابط والقواعد الكلية، تأليف السيد علوي بن أحمد السقاف، ثم اختصره المؤلف في كتابه مختصر الفوائد الملكية[٤].

ثالثاً ـ كتب القواعد في الفقه الحنبلي:

يقول الشيخ محمد حسن الشطي الحنبلي الدمشقي (١٢٤٨ ـ ١٣٠٧ هـ) في مقدمة توفيق المواد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية: «إن المتحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة».

---

(١) كشف الظنون ١/١٠٦، ويوجد نسخة مخطوطة من هذا الكتاب في سوهاج مصر، كتبت سنة ٨٠٣ هـ، وتتألف من ١٣٢ ورقة، كما يوجد نسخة أخرى في معهد المخطوطات العربية في القاهرة.

(٢) الكتاب مطبوع عام ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٩ م في مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، وطبع عدة مرات.

(٣) كشف الظنون ١/١٠٧ نقلاً عن أشباه السيوطي النحوية، وانظر بحث «السيوطي والقواعد الفقهية» للمؤلف في مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق/عام ١٩٩٢ م، وبحث «االأشباه والنظائر للسيوطي، دراسة وتحليل» للمؤلف .

(٤) الكتابان مطبوعان في مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مع كتب أخرى للمؤلف بعنوان: «مجموعة سبعة كتب مفيدة».

وإن كتب القواعد على المذهب الحنبلي التي وصلت إلى علمنا هي:

١ ـ الرياض النواضر في الأشباه والنظائر، للصرصري، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي (٦٥٧ ـ ٧١٦ هـ) الفقيه الحنبلي، وتسمى القواعد الكبرى في فروع الحنابلة، وللمؤلف القواعد الصغرى أيضاً[١].

٢ ـ القواعد، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمٰن بن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ)، وسماه المؤلف: «تقرير القواعد وتحرير الفوائد»، لكنه مشهور باسم «القواعد في الفقه الإسلامي»، قال ملا جلبي: «وهـو كتاب نـافع من عجـائب الدهر»[٢]، ويتألف الكتاب من ١٦٠ قاعدة وإحدى وعشرين مسألة تتضمن فوائد فقهية.

٣ ـ القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني (٧٢٨ هـ) وهي قواعد موزعة على الأبواب الفقهية، وكأنها ضوابط في كل باب من أبواب العبادات ثم المعاملات، وتمتاز بالمقارنة مع بقية المذاهب[٣]، مثلاً: القاعدة الثالثة في العقود، والشروط فيها، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد، ومسائل هذه القاعدة كثيرة جداً، والذي يمكن ضبطه فيها قولان، أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك، الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته. . .، ويطنب ابن تيمية في ذلك، ويبحث الموضوع من مختلف جوانبه، والواقع أن هذه القاعدة أقرب إلى النظرية العامة في الشروط، أكثر من القواعد الكلية[٤].

---

(١) الأعلام، الزركلي ٣/١٨٩، كشف الظنون ٢/٢٤٣، وذكر ملا جلبي أن المؤلف توفي سنة ٧١٠ هـ.

(٢) كشف الظنون ٢/٢٤٣، وانظر تقديم طـه عبد الرؤوف سعد: ص ١ والكتاب مطبوع مرتين.

(٣) الكتاب مطبوع بالقاهرة في مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٠ هـ ـ ١٩٥١ م، ويجدر التنويه إلى كتاب آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية في هذا الموضوع بالذات، بل هو نظرية عامة، اسمه «العقود» وطبع في مصر باسم «نظرية العقد».

(٤) ص ١٨٤ وما بعدها من كتاب القواعد النورانية الفقهية.

٤ ـ القواعد والفوائد الأصولية، وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لابن اللحام، علي بن عباس البعلي الحنبلي (٨٠٣ هـ) وهذا الكتاب يحتوي على القواعد الأصولية وما يتفرع عنها من فروع فقهية مع المقارنة بين المذاهب، ويضم بين دفتيه بعض القواعد الفقهية مع ذكر المسائل والأحكام الشرعية التي تدخل تحتها[١].

رابعاً ـ كتب القواعد في المذهب المالكي:

١ ـ الفروق، للقرافي، شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي المصري المالكي (٦٨٤ هـ)، جمع المؤلف القواعد الكلية والضوابط الفقهية، وقارن بينها، وذكر أوجه الشبه والاختلاف بين كل قاعدتين أو ضابطين أو أصلين، وذكر أوجه الافتراق بين كل ذلك، وعليه «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية»، تأليف الشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية[٢].

٢ ـ أدرار الشروق على أنواء الفروق، أبو القاسم، قاسم بن عبد الله الأنصاري، المعروف بابن الشاط (٧٢٣ هـ)، تعقب فيه القرافي في قواعده، ورجح بعض الأقوال، وتعقبه في بعض الحالات[٣].

٣ ـ القوانين الفقهية، لابن جزيء، محمد بن أحمد بن جزيء الكلبي المالكي (٧٤١ هـ) هو كتاب في المبادىء العامة للفقه المالكي[٤].

---

(١) الكتاب مطبوع بالقاهرة في مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ ـ ١٩٥٦ م.

(٢) الكتاب مطبوع في أربعة أجزاء في مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، وصور حديثاً في بيروت، ويجدر الانتباه إلى كتاب آخر للقرافي على نفس المنوال، وبيان القواعد والضوابط والأصول والفروق بين أحكام المفتي وأحكام الحاكم أو القاضي، اسمه: (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام) وهو كتاب فريد من نوعه، حققه الشيخ الأستاذ عبد الفتاح أبو غدة، ونشره مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، وذكر ملا جلبي في كشف الظنون ٢ /٢٤٣: أن القرافي شافعي، وهو خطأ.

(٣) الكتاب مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي.

(٤) الكتاب مطبوع بفاس ١٣٥٤ ـ ١٩٣٥ م، بمطبعة النهضة، ثم طبع في بيروت باسم «قوانين الأحكام الشرعية» دار العلم للملايين.

خامساً ـ القواعد الكلية في مجلة الأحكام العدلية:

سارت القواعد الفقهية شوطاً ممتازاً، وتقدمت خطوة جيدة في العصر الحديث، وذلك من حيث الصياغة، والتبويب والتطبيق، والشهرة والاعتماد عليها في الإطار التشريعي والقضائي، فقد رأت اللجنة المكلفة بوضع مجلة الأحكام العدلية في المعاملات المالية من الأحكام الشرعية، رأت اللجنة أن تتوج عملها بوضع مقدمة لمواد المجلة بذكر القواعد الكلية في أولها للرجوع إليها والاعتماد عليها، فأخذت القواعد التي جمعها ابن نجيم، وأضافت إليها بعض القواعد الأخرى، وعدلت في الصياغة والأسلوب، وصدرت المجلة عام ١٢٨٦ هـ، وفي أولها تسع وتسعون قاعدة، كل قاعدة في مادة مستقلة، من المادة الثانية، إلى المادة المائة، ولكنها ليست مرتبة بحسب الحروف أو الأبواب الفقهية، وإنما ذكرت بشكل عشوائي، ونصت على الهدف والغرض من القواعد الكلية في نهاية المادة الأولى، فقالت:

«إلا أن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة، معتبرة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادىء الأمر، فذكْرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان، فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية. . .».

«ثم إن بعض هذه القواعد، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع، لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً»[1].

ثم تولى شراح المجلة البدء بشرح هذه القواعد، وبيان أهميتها ودلالاتها والفروع الفقهية التي تدخل تحتها، والمسائل الجزئية التي تتناولها، والمستثنيات التي تخرج منها، وكثير من هذه الشروح باللغة التركية، أما الشروح التي ترجمت أو وضعت باللغة العربية فهي:

---

(١)انظر مرآة المجلة، يوسف آصاف ١/٦ ـ ٧.

١ ـ شرح المجلة، للشيخ محمد خالد الأتاسي، والشيخ محمد طاهر الأتاسي والشرح مكون من ستة أجزاء، وخصص الجزء الأول منها للقواعد الكلية[١].

٢ ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، وتعريف فهمي الحسيني، جزءان[٢].

٣ ـ شرح المجلة، سليم رستم باز، وهو مجلد ضخم ١٢٨٨ صفحة[٣].

٤ ـ مرآة المجلة، يوسف آصاف، جزءان[٤].

٥ ـ شرح مجلة الأحكام العدلية، للأستاذ محمد سعيد المحاسني، ثلاثة أجزاء[٥].

ويحسن الإشارة أن مجلة الأحكام العدلية كانت تمثل القانون المدني في ظل الدولة العثمانية، وكانت تطبق على جميع الأقطار التي كانت تظلها الدولة العثمانية، ثم ألغيت المجلة بالتدرج في تركيا ومصر وسورية ولبنان والعراق والكويت، ووضع مكانها القوانين المدنية الأجنبية المستمدة من القانون المدني الفرنسي وغيره، المطعَّم بالفقه الإسلامي أحياناً، وبقيت المجلة مطبقة في فلسطين المحتلة والأردن، وبعض الإمارات العربية، حتى صدر القانون المدني الأردني، ثم قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وفي أول كل منهما القواعد الكلية.

ونكتفي بهذه اللمحة عن القواعد، لننتقل إلى شرحها وبيانها.

---

(١) الكتاب مطبوع بحمص ١٩٣٠، ١٩٣١ م.

(٢) الكتاب مطبوع بحيفا، المطبعة العباسية، ١٩٢٥، وطبع في بيروت حديثاً في أربع مجلدات.

(٣) الكتاب مطبوع ثلاث مرات، الطبعة الثالثة في بيروت بالمطبعة الأدبية ١٩٢٣ م.

(٤) مرآة المجلة مطبوع بمصر في المطبعة العمومية ١٨٩٤ م.

(٥) الكتاب مطبوع بدمشق ـ مطبعة الترقي ١٩٢٧.

الفصل الثاني

في شرح القواعد الفقهية

نتناول في هذا الفصل القواعد الكلية في ضوء مجلة الأحكام العدلية، فنعرض القواعد، ونوضح معناها، ونبين أصلها وأدلتها الشرعية، ونذكر لها الأمثلة التطبيقية من الفروع الفقهية.

وبما أن بعض القواعد أعم وأشمل من بعضها الآخر، وأن قسماً منها يدخل تحت قاعدة أخرى، ولذلك نقسم القواعد إلى صنفين: قواعد أصلية، وقواعد فرعية تنضوي تحت القواعد الأصلية، ونبدأ بالقواعد الخمسة التي اعتبرها الفقهاء أساسية بالنسبة إلى غيرها[1]، وحاولوا إرجاع الفروع إليها[2]، وتبناها جميع الفقهاء في مختلف المذاهب ووضعوها في كتبهم المذهبية، وهي:

١ ـ الأمور بمقاصدها.

٢ ـ اليقين لا يزول بالشك.

٣ ـ المشقة تجلب التيسير.

٤ ـ الضرر يزال.

٥ ـ العادة محكمة.

---

(١) نظم بعض الشافعية القواعد الخمسة الأساسية في أبيات من الشعر، فقال:

خمس مقرَّرة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهن خبيرا

ضرر يزال، وعادة قد حكمت ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا

والشك لا ترفع به متيقنا ... والقصد أخلص إن أردت أجورا

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٧.

القاعدة (١): ـ الأمور بمقاصدها[1]:

وهي تعني أن الأمر الواحد يصدر عن عدة أشخاص، وكل شخص يتجه إليه بدافع معين وباعث خاص، كما تختلف الغاية والهدف من شخص إلى آخر، فتكون النتيجة من الأمر بحسب القصد وما اتجهت إليه النية، وتكون الثمرة محددة بقصد الفاعل.

والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ: «إنَّما الأعمالُ بالنِّيَات. .» وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عملَ لمن لا نية له» وقوله: «نِيْةُ المؤمن خيْر من عمله» وقوله: «ولكن جهاد ونية» وغيرها من الأحاديث الكثيرة[2].

وهذه القاعدة المبنية أصلاً على حديث «إنما الأعمال بالنِّيات» تشمل معظم أبواب الفقه، وقال أبو عبيدة: ليس في أخبار النبي ﷺ شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه، وقال العلماء عن الحديث: إنه ثلث العلم[3].

وتطبق هذه القاعدة في العبادات والمعاملات والجنايات والأخلاق والحلال والحرام والأيمان والجهاد، وغيرها، فالنية والقصد في العبادة هي أساس القبول والأجر والثواب، والنية تفرق بين العادة والعبادة.

ومن الأمثلة التطبيقية لها:

- **القتل**: فمن قتل آخر بدون سبب مشروع، فإن قصد القتل فيقتص منه، وإن كان مخطئاً، بأن قصد الصيد فأصاب إنساناً فأرداه قتيلاً فعليه الدية.
- **السرقة**: من أخذ آلات الملاهي والطرب بقصد كسرها فلا يؤاخذ بل يؤجر على عمله المعروف، ومن أخذها بقصد السرقة فإنه يعاقب.
- **اللقطة**: فإن أخذها بقصد الحفظ فيكون أميناً، ولا يضمنها إذا هلكت، ويحق

---

(١) المجلة/م ٢، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٨، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٧، المدخل الفقهي العام ٢/٩٥٩، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٣٢٢.

(٢) انظر تخريج هذه الأحاديث مع أحاديث أخرى في معناها في «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٨ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٩.

له أن يطلب ما أنفقه عليها، وإن أخذها بقصد التمليك كان ضامناً، ويكون النفقة عليها مقابل الانتفاع بها، فالخراج بالضمان.

- **اليمين**: من حلف على شيء، ونوى غيره جائز، ويقع اليمين على نية الحالف، ويجوز التورية فيها، إلا اليمين المطلوبة من القاضي فإنها تقع حسب نية القاضي وقصده.

ويتفرع على هذه القاعدة قاعدة مشهورة ومهمة، وهي:

«العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»(1).

تطبق هذه القاعدة على العقود والتصرفات المالية، وأن العبرة فيها للمضمون والحقيقة المقصودة، وليس لمجرد اللفظ والعبارة والشكل والأمثلة عليها كثيرة:

- **الهبة**: من نطق بلفظ الهبة لآخر، ولكنه اشترط فيها دفع العوض، وقبل الثاني، كان العقد بيعاً، وأخذ أحكام البيع، لأنه أراد مبادلة مال بمال، وهو البيع، ولم يقصد مجرد التبرع بدون مقابل.

ويذهب بعض العلماء إلى اعتبار هذه القاعدة مستقلة، ويضيفونها إلى القواعد الأساسية لتصبح ست قواعد.

القاعدة (٢): - اليقين لا يزول بالشك(2):

إذا ثبت أمر من الأمور بشكل قطعي يفيد اليقين، ثم طرأ احتمال أو شك أو وهم في زواله ونقصه، فلا شك يؤثر عليه، لأن اليقين أقوى من الشك والظن، فيقدم الأقوى على الأضعف.

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وما يتَّبِعُ أكثرهُم إلا ظَنًّا، إنَّ الظنَّ لا يُغْني عن الحق شيئاً﴾ (سورة يونس) الآية: ٣٦، وقوله ﷺ: «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه، أَخَرَج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى

---

(1) المجلة/ م ٣، المدخل الفقهي العام ٩٦٠/٢.

(2) المجلة: م ٤، الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٥٠، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٥٦، المدخل الفقهي العام ٩٦١/٢، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٣١٦/١.

يَسْمع صوتاً أو يجدَ ريحاً» وقوله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر: كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن»[١].

قال السيوطي: «اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر، ولو سردتها لطال الشرح»[٢].

فإذا ثبت حكم أو دين أو براءة أو عقد بشكل يقيني، سواء كان الثبوت بدليل أصلي، كالبراءة منذ الولادة، أو بدليل شرعي مثل عدم التكليف، أو ثبوت الواجب على المكلف، أو بدليل قضائي كالإقرار والشهادة، فلا عبرة للشك والضعف فيه.

ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فرعية[٣]، أهمها:

١ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان[٤]:

وهذا هو الاستصحاب، وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت مضى قائمة حتى الوقت الحاضر حتى يثبت ما يغيرها، كالزواج القائم بين شخصين يبقى كما هو، ونحكم بالزوجية ما لم يثبت الفراق أو الطلاق بدليل جديد، والمفقود كان عند سفره على قيد الحياة يقيناً فيبقى هذا الأصل قائماً إلا أن تثبت الوفاة.

٢ ـ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه[٥]:

وهذه القاعدة كالقاعدة السابقة معنى وتطبيقاً.

٣ ـ الأصل في الأمور العارضة العدم[٦]:

الأمور العارضة هي التي تخالف الأصل أو الغالب في الأحوال، فمن

---

(١) روى هذه الأحاديث مسلم، وعند البخاري والترمذي مثلها، انظر: الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٥١.

(٢) الأشباه والنظائر، له ص ٥١.

(٣) المراجع السابقة في هامش ٢ ص ٢١٩.

(٤) المجلة/م ٥.

(٥) المجلة/م ١٠.

(٦) المجلة/م ٩.

ادَّعى على آخر عقداً فأنكر، فالأصل عدم العقد، وادّعاء العقد طارىء فهو عدم حتى يثبت بدليل، ومن ادعى وجود عيب في المبيع فأنكر البائع، فالأصل الصحة، والمرض أمر عارض فهو عدم حتى يثبت.

٤ ـ الأصل براءة الذمة[١] :

الإنسان يولد بريئاً من كل دين أو تكليف أو التزام، وتبقى ذمته بريئة بناء على هذا الأصل، ومن ادعى على آخر ديناً أو ضماناً فلا يقبله منه إلا بدليل، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه.

٥ ـ الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته[٢] :

لأن الحادث عارض، والأصل في الأمور العارضة العدم، كما أن الأصل متيقن، والعارض مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك.

فإن اكتشف المشتري عيباً في المبيع بعد القبض، وادّعى حدوثه قبل القبض فأنكر البائع، وادعى البراءة عند القبض، وأن العيب حدث بعد القبض، فيضاف العيب إلى أقرب الأوقات، أي بعد القبض، إلا أن يكون العيب لا يحدث في مثل هذه المدة، أو أقام البائع بينة بعدم العيب.

٦ ـ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح[٣] :

لأن الدلالة ظن إرادة معنى معين، والتصريح يفيد إرادة المعنى الحقيقي بيقين، والأصل أن يقدم المعنى الحقيقي المتيقن على المعنى المجازي المشكوك فيه.

مثل استلام المبيع أمام البائع يفيد دلالة على إذن البائع بالتسليم، فإن صرح البائع بعدم إذنه بالتسليم حتى يستلم الثمن، فلا يعتبر سكوته بعد ذلك إذناً دلالة.

---

(١) المجلة/م ٨.

(٢) المجلة/م ١١.

(٣) المجلة/م ١٣.

٧ ـ لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان[١]:

لأن عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوك فيها ما لم تدعمه قرائن مرجحة[٢]، فلا يعتبر سكوت المرأة عن عنّة الزوج رضا منها.

ولكن إذا دعت الحاجة إلى الكلام من شخص وبقي الشخص ساكتاً، فيكون ذلك موافقة ورضاء، مثل سكوت المدعى عليه أمام القاضي، فيعتبر إنكاراً وتطلب البينة من المدعي، ومثل سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع فيكون إسقاطاً للشفعة، ومثل سكوت البكر بالزواج فيكون ذلك رضا بالعقد.

٨ ـ لا عبرة للتوهم[٣]:

لأن التوهم أقل من الشك، واليقين لا يزول بالشك، وكذلك لا يزول بالتوهم بالأولى، كمن يتوهم للميت وارثاً في مكان آخر، ويطلب عدم توزيع التركة لهذا الوهم، فلا يعتدُّ به .

٩ ـ لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل[٤]:

الأصل أن الاحتمال ضعيف ومشكوك فيه فلا يعتد به، ولكن إذا كان مبنياً على دليل حسي أو عقلي أو شرعي فإنه يؤثر ويمنع الحكم، ويهدم الحجة، لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

فلا تقبل شهادة أحد الزوجين وشهادة الأصول والفروع لبعضهم البعض، لأن تهمة القرابة توهن الشهادة وتضعفها وتسقط حجيتها.

١٠ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة[٥]:

لأن الممتنع عادة لا يقع إلا بناء على معجزة، والمعجزة لا تثبت إلا

---

(١) المجلة/م ٥٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٩٦٧.

(٣) المجلة/م ٧٤.

(٤) المجلة/م ٧٣.

(٥) المجلة/م ٣٨، المدخل الفقهي العام ٢/٩٧١.

للأنبياء، فمن يدعي على شخص يماثله في السن أنه ابنه فلا يقبل؛ لأنه ممتنع عادة، وكذا دعوى الفقير على الغني بمال كثير، والممتنع عادة هو المستحيل لغيره، وهو ما يتصور العقل وجوده ولكن لم تجر العادة بوقوعه، كالمشي من المريض المقعد، وطيران الإنسان في الفضاء بدون أداة، وهذا لا يصح التكليف به عند الجمهور، ولا يقبل الادعاء به .

١١ ـ لا عبرة بالظن البين خطؤه[1] :

الأصل في الأحكام الشرعية قبول الأدلة الظنية أو غلبة الظن، أما إذا كان الظن ظاهر الضعف والخطأ فلا يُعتدُّ به، كمن دفع مالاً إلى آخر على ظن بقاء الدين عليه، ثم تبين أن الدين مدفوع، فيستحق رد ما دفعه.

القاعدة (٣): ـ الضرر يزال[2] :

هذه القاعدة الثالثة من القواعد الأساسية، وهي تؤكد الهدف العام من ابتعاث الرسل وإنزال الكتب، بأنها لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة، والضرر ـ أو الإضرار بالناس لا يتفق مع هذا الهدف، لأن الضرر مفسدة وإيذاء، والمفسدة يجب درؤها وإزالتها، فالضرر يجب رفعه وإزالته وعدم إقراره، وإن من يوقع الضرر بغيره فإنه مسؤول عن عمله في الدنيا والآخرة.

والأصل في هذه القاعدة ما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ضَرَرَ ولا ضرار»[3].

وهذا الحديث الشريف هو نص قاعدة فقهية سنشير إليها بعد قليل، والمقصود أن الشارع الحكيم لا يقبل إيقاع الضرر نهائياً، ولا يقر فاعل الضرر، ويوجب عليه وعلى الحاكم رفعه، سواء كان الضرر عاماً أم خاصاً.

---

(١) المجلة/م ٧٢.

(٢) المجلة/م ٤.

(٣) رواه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي والدارقطني وابن ماجه، انظر الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٨٣.

وينبني على هذه القاعدة أحكام فقهية كثيرة، منها الرد بالعيب، لأنه ضرر فيجب أن يزال، ومنها التعزير لإزالة ضرر المخالف، والحجر لمنع الضرر من المحجور عليه، والشفعة لمنع ضرر الشريك أو لدفع ضرر القسمة، والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات والقسمة وقتال المشتركين لرفع ضررهم على الدِّين والناس وغير ذلك[1].

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

١ - لا ضرر ولا ضرار[2]:

بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، فلا يجوز إيقاع الضرر به بأي شكل من الأشكال، كما سبق في القاعدة السابقة، وإن وقع به ضرر فلا يجوز الجزاء بإيقاع ضرر آخر.

وهذه القاعدة لفظ حديث شريف، وهي أصل تشريعي، ودليل شرعي، وحجة نصية لمنع الضرر ووجوب رفعه في القاعدة السابقة، أما من حيث المعنى فإنها تتفرع عن القاعدة الأولى العامة «الضرر يزال» فالضرر يجب رفعه بجميع أشكاله، ومع اختلاف أسبابه، وإن وجود الضرر مهما كان كبيراً وجسيماً وعدواناً لا يسوغ إيقاع الضرر بالمقابل، فالضرر إلحاق الأذى بالغير، والضرار مقابلة الضرر بالضرر، والأمران يجب إزالتهما ورفعهما، قال ابن السبكي: «وهو كعائد يعود على قولهم: الضرر يزال، ولكن لا بضرر»[3].

وتفيد هذه القاعدة أن الضرر - إن وقع ووجب إزالته - فلا يصح رفعه بضرر آخر، فمن أتلف مال إنسان فلا يجوز أن نتلف له ماله، لمنافاة الضرر والإضرار لأهداف الشريعة، ولأن الإضرار بعد الضرر لا يفيد المتضرر الأول شيئاً، ولا يفيد الأمة، ولا يستفيد منه أحد، وإنما يكون الإضرار مجرد هوى

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٧٤، الأشباه والنظائر ابن نجيم ص ٨٥.

(٢) المجلة/م ١٩، المراجع السابقة، المدخل الفقهي العام ٢/٩٧١، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ١/٣٠٩.

(٣) الأشباه والنظائر، السيوطي ص ٨٦.

وانتقام، مع الإفساد للطاقة والثروة. ولذلك يقابل الإتلاف بالتعويض فيستفيد المتضرر، ويرتدع الفاعل.

أما القصاص بالنفس والأعضاء فإنه أقر استثناء للعجز عن منع الجريمة إلا بالقصاص، وفيه إقامة للعدالة، وصيانة للدماء، وحفاظ على الحياة، وتحقيق للأمن.

٢ ـ الضرر يدفع بقدر الإمكان[1]:

فيجب السعي لمنع الضرر، ومنع وقوعه، لأن الوقاية خير من العلاج، ولذلك شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، وشرعت الشفعة لمنع الضرر المتوقع من القسمة أو الشركة، وشرع الحجر لدفع الضرر المتوقع من السفيه أو المبذر أو المدين.

٣ ـ الضرر لا يزال بمثله[2]:

وهذه القاعدة تشبه القاعدة السابقة «لا ضرر ولا ضرار» فلا يصح رفع الضرر وإزالته بضرر آخر، فلا تفرض نفقة لفقير لرفع حاجته على فقير آخر، وكأن هذه القاعدة شرط للقاعدة الأصلية التي تقول: الضرر يزال بشرط ألا يكون بضرر مثل الأول.

٤ ـ الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف[3]:

وهذه القاعدة استثناء من الأصل «الضرر يزال» فإن كان هذا الضرر لا يمكن إزالته إلا بضرر آخر، فيعمل بالأخف، وكذلك إذا تعارض ضرران، ولا بد من أحدهما فيزال الأشد، بالأخف، فالنفقة للفقير فيه ضرر ـ ظاهراً ـ بالغني، فيرتكب هذا الضرر لرفع الضرر الأشد، ومنع الفقهاء قسمة المال الذي لا يقبل القسمة كاللؤلؤ والدار الصغيرة، لأن ضرر الشركة أخف من الضرر المترتب على القسمة في ضياع المال.

---

(١) المجلة/م ٣١.

(٢) المجلة/م ٢٥.

(٣) المجلة/م ٢٧.

٥ ـ يختار أهون الشرين [١]:

وهذه القاعدة بمعنى سابقتها تماماً.

٦ ـ إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفِّهما [٢]:

وهي بمعنى القاعدة السابقة، فيجوز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين إذا كان حياً، وترجى حياته، ويجوز السكوت على المنكر إذا كان النهي عنه يؤدي إلى زيادة المفسدة والإصرار عليه.

٧ ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام[٣]:

لأن الضرر الخاص أهون وأخف من الضرر العام، فيختار أهون الشرين، ويرتكب أخف الضررين، فيقتص من القاتل لدفع ضرر القتل وسفك الدماء، ويجوز الحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، لدفع الضرر عن الناس، وأجاز العلماء تضمين الأجير المشترك لدفع الضرر العام بالاستهانة بأموال الناس، ومثل إذا تستر الأعداء بأسرى المسلمين فيجوز قتالهم، وإن قتل المسلمون الأسرى، لحماية الوطن والأرض ورد العدوان.

٨ ـ درء المفاسد أولى من جلب المنافع[٤]:

فيمنع الجار من التصرف بملكه الذي يؤدي إلى ضرر بغيره، ويمنع الاحتكار، ويصح الحجر. . .

٩ ـ إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع[٥]:

فيقدم الجرح على التعديل، ويمنع الشريك من التصرف بمال الشركة إذا أضر بشركه، ويمنع الإقرار في مرض الموت للأجنبي كما يمنع للوارث.

---

(١) المجلة/م ١٩.

(٢) المجلة/م ٢٨.

(٣) المجلة/م ٢٦.

(٤) المجلة/م ٣٠.

(٥) المجلة/م ٣٦.

١٠ ـ القديم يترك على قدمه[١]:

كما إذا كان للدار ممر من دار أخرى، أو حق الشرب أو المسيل فلا يزال.

١١ ـ الضرر لا يكون قديماً[٢]:

وهذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة، وهو أن القديم يترك على قدمه إلا إذا كان فيه ضرر فلا حجة بالقدم، ولا يحتج بالتقادم على الضرر والباطل، فلو كان الميزاب أو النافذة أو الممر قديماً، ولكن فيه إيذاء وضرر للآخرين فيمنع الضرر ولو كان الأمر قديماً.

القاعدة (٤): المشقة تجلب التيسير[٣]:

المقصود بالمشقة هنا المشقة غير المعتادة التي تخرج عن معتاد الناس، ولا يمكن المداومة على تحملها، وإن المداومة عليها يرهق المكلف ويقطعه عن التكليف، ويؤدي إلى وقوع الضرر والأذى في النفس والمال، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة، ولم يشرع من الأحكام ما فيه مشقة غير معتادة، أما المشقة المعتادة التي يتحملها المكلف فلا تضر ولا تؤثر كالتعب من الصلاة، والجهد في الصوم، والمتاعب في الحج وغيرها، ولكن هذه المشقة ليست مقصودة في التكليف، ولا يجوز للإنسان أن يقصد في العبادات مجرد المشقة، أما إذا طرأت ظروف أو حالات تزيد بهذه المشقة وتجعلها غير معتادة فهنا يأتي التيسير من الشارع، برفع التكليف عن المكلف أو بالإذن له بالترك أو بفتح باب الرخص الشرعية.

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج﴾ (النور) الآية: ٦١.

وقوله تعالى: ﴿وما جَعَلَ عليكم في الدِّينِ منْ حَرَجٍ﴾ (سورة الحج) الآية: ٧٨، وقوله تعالى: ﴿ما يُريدُ اللهُ ليَجْعل عليكم في الدِّين من حَرج﴾ (سورة المائدة) الآية: ٦، وقوله تعالى: ﴿يُريدُ الله بكم اليسرَ ولا يُرِيدُ بكم

(١) المجلة/م ٠٦.

(٢) المجلة/م ٧.

(٣) انظر: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص ٣٦٣، ٣٧٣.

العسْرَ﴾ (سورة البقرة) الآية: ١٨٥، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللهُ أَنْ يُخَفِّفَ عنكم، وخُلِقَ الإنسانُ ضَعِيفاً﴾ (سورة النساء) الآية: ٢٨، وغيرها من الآيات والأحاديث الكثيرة التي تؤكد رفع الحرج والمشقة في التكاليف، وتوجب مشروعية الرخص والتيسير عند وقوع المشقة[١].

والأمثلة كثيرة على هذه القاعدة، كالمشقة على الحامل والمرضع، فإنها تجلب التيسير بإباحة الإفطار، والسفر يبيح الإفطار وجمع الصلاة وقصرها، والخطأ والنسيان أو الإكراه يرفع التكليف.

ويتفرع على هذه القاعدة عدة قواعد، وهي:

١ ـ الأمر إذا ضاق اتسع[٢]:

وهي بمعنى القاعدة السابقة، وذلك أن الأمر المكلف به الشخص إذا رافقته ظروف ومناسبات جعلته ضيقاً، ويحمل المشقة غير المعتادة، ويرهق المكلف بالقيام به، فإن الحكم يتسع باللجؤ إلى الرخص والأحكام المخففة التي وردت في الشريعة كالتيمم والقَصْر والإفطار والجمع بين الصلاتين، وارتكاب المحظورات للإكراه أو للضرورة، ومجمل ذلك أنه إذا حصلت ضرورة أو طرأت ظروف استثنائية على المكلف فإن التكاليف تخفف عليه، ويتسع أمامه المجال لاتباع الرخص، وإذا ارتفعت الضرورة أو انتهت الظروف الطارئة عاد الأمر إلى أصله ونصابه، ولذلك قالوا: **وإذا اتسع ضاق**[٣].

٢ ـ الضرورات تبيح المحظورات[٤]:

الضرورات جمع ضرورة، وهي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو

---

(١) المجلة/م ١٨.

(٢) المجلة/م ١٨.

(٣) المدخل الفقهي العام ٩٨٨/٢، مرآة المجلة ١٥/١.

(٤) المجلة/م ٢١.

تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع[1].

وهذا التعريف للضرورة يبين حقيقتها وماهيتها والحكم المقرر لها من الإذن بارتكاب الحرام مثل أكل الميتة، ولحم الخنزير، في المخمصة، وشرب الخمر عند الغصّة في الطعام، والنطق بكلمة الكفر عند الإكراه، وكشف العورة عند الطبيب.

أو ترك الواجب بالمنع من الحج عند الإحصار، والإفطار في رمضان بالإكراه، أو تأخير الواجب عن وقته مثل تأخير الصيام بعد رمضان.

والضرورات تبيح أغلب المحظورات، وصرح العلماء أن بعض المحظورات والمحرمات لا يباح ارتكابها بحال من الأحوال، وهي ثلاثة: الكفر إلا بالتظاهر به باللسان، أما بالقلب فلا يباح مطلقاً، والقتل فلا يباح بالإكراه، ولو كان الإكراه بالقتل، والزنا فلا يباح مهما كانت الضرورة والتهديد والإكراه[2].

٣ ـ الضرورات تقدر بقدرها[3]:

هذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة وذلك أن المحظورات التي تباح للضرورة تكون إباحتها بمقدار ما يرفع الضرورة فقط، ولا يجوز التوسع بها، ومتى زالت الضرورة زال السبب المسوغ لارتكاب المحظور، فمن اضطر لأكل الميتة فلا يأكل إلا بمقدار الحفاظ على الحياة بأقل قدر ممكن، ولا يملأ البطن حتى الشبع، ومن اضطر لشرب الخمر فلا يشرب إلا ما يدفع اللقمة، دون أن يعب من الإناء حتى القعر، ويجوز كشف العورة للطبيب في المكان المطلوب، ولا يسمح الاستزادة على ذلك، ومتى زالت العلة عاد الحكم، وحرم كشف العورة.

٤ ـ الاضطرار لا يبطل حق الغير[4]:

فمن اضطره الجوع أو العطش لتناول الطعام الذي يقيم الحياة فهذه

---

(١) نظرية الضرورة الشرعية، للدكتور وهبة الزحيلي ص ٦٥.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٩٨٩.

(٣) المجلة/م ٢٢.

(٤) المجلة/م ٣٣.

الضرورة لا تمنع تكليف المضطر لضمان قيمة الطعام، ومن اضطر بالإكراه لإتلاف مال غيره كان الضمان هنا على المكرِه (بالكسر).

٥ ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة[1]:

نصت القاعدة الفرعية الثانية أن الضرورات تبيح المحظورات، ويقاس عليها في هذه القاعدة الحاجة، والضروة تؤدي إلى الهلاك والخطر، أما الحاجة فإنها تؤدي إلى الحرج والمشقة والعسر، فالحاجات التي تهم جميع الناس أو تخص بعضهم تسمح بارتكاب المحظورات وتوجب اتباع الرخص والأخذ بالتخفيف، وهذا ما جاء به الشرع في الأحكام الاستثنائية لرفع الحرج وتحقيق الحاجات كالاستصناع والسلم، وبيع الوفاء، والعرف، وبيع الثمار التي تتلاحق بالظهور، ويقيد الحكم بمقدار الحاجة ولا يتوسع بها، لأن الضرورة تقدر بقدرها والاستثناء لا يتوسع به.

القاعدة (٥): ـ العادة محكمة[2]:

مرت هذه القاعدة معنا في الباب الثالث في نظرية العرف مع بيان حجيته والأحكام المترتبة عليه، وبناء الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نص أو إجماع على العرف الصحيح عند تحقق الشروط السابقة.

والمقصود من العادة في هذه القاعدة العادة العامة التي انتشرت ثم شاع استعمالها واضطرد، وهي التي أطلق العلماء عليه اسم العرف بنوعيه اللفظي والعملي.

ونكتفي بما ورد سابقاً في شرع العرف، ونعيد القواعد المتفرعة على هذه القاعدة، وهي:

١ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها (المجلة/م ٣٧).
٢ ـ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غَلبت (المجلة/م ٤١).
٣ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر (المجلة/م ٤٢).

---
(١) المجلة/م ٣٢.
(٢) المجلة/م ٣٦.

٤ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة (المجلة/م ٤٠).
٥ ـ الكتاب كالخطاب (المجلة/م ٦٩).
٦ ـ الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان (المجلة/م ٧٠).
٧ ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (المجلة/م ٤٣).
٨ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (المجلة/م ٤٥).
٩ ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (المجلة/م ٤٤).
١٠ ـ لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان (المجلة/م ٣٩).

هذه هي القواعد الخمسة الأساسية التي اهتم بها الفقهاء، وأكدوا عليها، وحاولوا رد جميع الفروع الفقهية إليها.

وسوف نتابع ذكر بقية القواعد التي نصت عليها المجلة، مع الترتيب السابق بذكر القاعدة العامة ثم نتبعها بما يتفرع عنها من القواعد[1]، ونكتفي بذكر مثال لكل قاعدة اختصاراً.

القاعدة (٦): ـ إعمال الكلام أولى من إهماله (المجلة/م ٦٠).

مثل إذا أقر مرتين، وفي كل مرة يذكر ديناً فإنه يطالب بدينين، وكذلك إذا طلق زوجته مرتين فيعمل بكلامه ويقع طلاقان.

ويتفرع على هذه القاعدة:

١ ـ الأصل في الكلام الحقيقة: (المجلة/م ١٢).

فالهبة حقيقة تطلق على التمليك بدون عرض، والبيع على التمليك بعوض، والقتل على إزهاق الروح.

٢ ـ إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز: (المجلة/م ٦١).

فالأكل من الشجرة حقيقة أي من ورقها وأغصانها، ومجازاً الأكل من ثمرتها.

(١) وانظر تفصيل الشرح والأمثلة وبيان الفروع لكل قاعدة في كتاب المدخل الفقهي العام ٢/٩٩٥، وكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، وكتاب الأشباه والنظائر للسيوطي، وشروح المجلة التي سبق ذكرها.

٣ ـ المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد، نصاً أو دلالة: (المجلة/م ٦٤)

أي الألفاظ المطلقة التي تدل على أمر مجرد من القيود كمن وكل آخر بشراء فرس فيصح الشراء بالفرس مهما كان لونها، إلا إذا قيده بشراء فرس بيضاء، وكذلك التوكيل بزواج امرأة، ولم يحدد مثلاً البلد. . . وهكذا.

٤ ـ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله: (المجلة/م ٦٣).

كمن يذكر نصف طلقة أو ربعها فتقع طلقة كاملة، وكذا الكفالة بنصف النفس.

٥ ـ الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر: (المجلة/م ٦٥).

كمن يبيع شيئاً حاضراً في مجلس العقد، ويصفه بصفة أو عيب فلا عبرة بذلك، لأن المشتري عليه التأكد بنفسه، وإن لم يعجبه الوصف أو العيب رد، أما في بيع الغائب عن مجلس العقد فالوصف معتبر، وتترتب عليه نتائج، فإن وجد الوصف لزم البيع، وإن فقد فللمشتري حق الفسخ، بخيار الوصف.

٦ ـ السؤال معاد في الجواب: (المجلة/م ٦٦).

فالجواب بنعم أو لا أو بلى فيكون جوابه متضمناً السؤال عن الدين مثلاً أو القتل. . .

٧ ـ إذا تعذر إعمال الكلام يهمل: (المجلة/م ٦٢)

يجب إعمال الكلام لصونه عن اللغو والبطلان، فإن أمكن حمله على الحقيقة حمل، وإلا صرف إلى المجاز، وإن لم يحتمل الحقيقة والمجاز فيهمل، ويكون لغواً، كمن طلق زوجته، وليس له زوجة، أو أقر بنسب إنسان، وهو معروف النسب.

القاعدة (٧): ـ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص: (المجلة/م ١٤)

والنص هو القرآن الكريم والسنة الشريفة، والاجتهاد هو بذل الجهد من المجتهد بإعمال العقل والفكر لاستنباط الأحكام الشرعية.

فلا يصح للمجتهد أن يستنبط حكماً عن طريق الاجتهاد والعقل إذا ورد به

نص صريح في القرآن الكريم والسنة الشريفة؛ لأن النص مقدم قطعاً ويقيناً على الاجتهاد بإجماع العلماء، وهذا منهج العلماء والمجتهدين والأئمة في الاجتهاد ما لم يرد فيه نص، فإن وجدوا نصاً التزموا به وعملوا بموجبه.

القاعدة (٨): ـ الاجتهاد لا ينقض بمثله: (المجلة/م ١٦)

لأن الاجتهاد الأول ظني في دلالته على الحكم بعد أن بذل المجتهد طاقته وجهده، وتوفرت فيه الشروط، فإن أوصل إلى حكم كان حكم الله تعالى في غالب الظن، فإن حصل اجتهاد آخر يناقض الأول، سواء كان من نفس المجتهد أو من مجتهد آخر فإن الحكم الثاني في مرتبة الأول فلا ينقضه ولا يبطله، ولكن يجب السير بناءً على الاجتهاد الثاني، وهذا ما يعبر عنه علماء القانون بعدم رجعية الحكم، وقد ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه غيَّر اجتهاده في مسألة، ولكنه لم ينقض الاجتهاد الأول، وقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي.

القاعدة (٩): ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه، أو ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس: (المجلة / م ١٥).

فالرخصُ والأحكام الاستثنائية والخصوصيات ثبتت على خلاف الأصل والقاعدة الكلية، وهو المقصود بالقياس عليه، فلا يقاس عليها غيرها، لأنها ثبتت للضرورة أو الحاجة، والضرورة تقدر بقدرها، ولا يتوسع بها، فيبقى الحكم الاستثنائي أو الضروري محصوراً بحالته فقط، كالسفر والمرض في رمضان لا يقاس عليه الأعمال الشاقة التي تحصل في رمضان.

القاعدة (١٠): ـ إذا زال المانع عاد الممنوع:(المجلة/م ٢٤).

المانع هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، فالمانع يمنع وجود الحكم، فالشركة مثلاً تمنع من قبول شهادة الشاهد لشريكه، فإذا زالت الشركة (وهي المانع) عاد الحكم الممنوع (وهو قبول الشهادة)، والصغر والجنون مـانعان من تسلم الشخص لأمواله، ومانعان من الشهادة، فإذا زال الجنون، وزال الصغر، عاد الحكم الأصلي.. وهكذا.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

ـ ما جاز لعذر بطل بزواله: (المجلة/م ٢٣)

كالإفطار في رمضان يجوز لعذر المرض أو السفر، فإن زال العذر امتنع الإفطار، وإذا زالت الضرورات المبيحة للمحظورات فلا يجوز ارتكابها.

القاعدة (١١): ـ ما حرم أخذه حرم إعطاؤه: (المجلة/م ٣٤).

كالرشوة والربا يحرم أخذها، ويحرم إعطاؤها، ويستثنى حالة الاضطرار.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

ما حرم فعله حرم طلبه: (المجلة/م ٣٥) .

فالقتل حرام، وطلبه حرام، والرشوة حرام، وطلبها حرام، ويستثنى طلب المدعي تحليف خصمه مع أنه يعلم بكذبه، فيحرم على الشخص الحلف على الكذب، لكن يجوز طلبه من الخصم بدافع أن يقر ويعترف بالحق.

القاعدة (١٢): ـ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه: (المجلة/م٩٩)

كمن يستعجل موت قريبه بالقتل ليرثه، فيحرم من الميراث، وكذا قتل الموصى له للموصي، والطلاق في مرض الموت.

القاعدة (١٣): ـ من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه: (المجلة/م ١٠٠)

فمن أقر لآخر بحق لا يقبل منه الرجوع عنه، ومن شارك في قسمة الشركة أو التركة فلا يقبل منه الادعاء بملكه الخاص للمقسوم، ويستثنى حالة الغبن الفاحش الذي يقع فيه الولي أو الوصي أو أمين القاضي، فيحق له رفع الدعوى لرده.

القاعدة (١٤): ـ البقاء أسهل من الابتداء: (المجلة/م ٥٦)

كما لو كانت قنطرة على طريق عام لا تضر، فلا تهدم، وعند ابتداء بنائها تمنع.

وكما إذا وهب إنسان داراً لآخر، ثم رجع في نصفها، فالشيوع الطارىء لا يمنع بقاء الهبة، وهذا عند القائلين بجواز الرجوع في الهبة واشتراط عدم الشيوع فيها.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء: (المجلة/م ٥٥).

القاعدة (١٥): ـ التابع تابع (المجلة/م ٤٧).

أي أن التابع لشيء في الوجود يتبعه في الحكم، مثل صوف الشاة، وجنين الدابة، ومفتاح القفل. ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

١ ـ **من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته:** (المجلة/م ٤٩) فمن اشترى داراً ملك ما هو فوقها وتحتها وطريق المرور لها.

٢ ـ **التابع لا يفرد بالحكم:** (المجلة/م ٤٨) كبيع صوف الشاة على ظهر الغنم، وبيع جنين الدابة، لكنه يفرد في الضمان.

٣ ـ **يُغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها:** (المجلة/م ٥٤) كوقف المنقولات التابعة للعقار، لأن الأصل لا يصح وقف المنقول.

٤ ـ **إذا سقط الأصل سقط الفرع:** (المجلة/م ٥٠) كما إذا سقط الدين بالإبراء فتسقط الكفالة بالدين، أما العكس فلا يصح.

٥ ـ **قد يثبت الفرع دون الأصل:** (المجلة/م ٨١) كالإقرار بنسب الأخ، مع إنكار الأب، فيثبت النسب من الأخ ويؤخذ بإقراره.

٦ ـ **إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه:** (المجلة/م ٥٢) فإذا بطل العقد بطلت الشروط التي تضمنها.

القاعدة (١٦): ـ إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل: (المجلة/م ٥٣)

مثل هلاك المغصوب، فالأصل وجوب رد العين، فإن هلكت وتعذر ردها فيرد البدل من مثل أو قيمة.

القاعدة (١٧): ـ الساقط لا يعود: (المجلة/م ٥٣)

كالإبراء من الدين، ومثل تسليم المبيع يسقط حق الاحتباس، فلا يحق له

أن يطالب بحق الاحتباس لدفع الثمن، ومثل حق المرأة في الامتناع عن الالتحاق بالزوج حتى تقبض معجل المهر، فإن التحقت به سقط حقها، والساقط لا يعود.

القاعدة (١٨): ـ لا يتم التبرع إلا بالقبض: (المجلة/م ٥٧).

إن عقد التبرع الكلي كالهبة والتبرع الجزئي كالإعارة والإيداع والقرض يشترط فيها القبض، وتسمى العقود العينية، ومعها الرهن.

القاعدة (١٩): ـ تبدل سبب الملك كتبدل الذات: (المجلة/م ٩٨).

كالتصرف بالمبيع ثانية يمنع الرد بالعيب في البيع الأول، وكذا التصرف بالهبة يمنع الرجوع فيها.

القاعدة (٢٠): ـ المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط: (المجلة/م ٨٦).

كالشراء بشرط معين، فإن تحقق الشرط لزم المبيع، ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي:

المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة: (المجلة/م ٨٤).

كما لو قال البائع للمشتري إن رددت إلي الثمن رددت أو فسخت البيع، فهذا الوعد ملزم.

القاعدة (٢١): ـ يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان: (المجلة/م ٨٣).

لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «المسلمون على شُروطهم».

القاعدة (٢٢): ـ الجواز الشرعي ينافي الضمان:

فمن يملك الإجازة بعمل فلا يلتزم بالتعويض عما فعله، سواء أكان الجواز من الشارع بالسماح للمالك بالتصرف في ملكه، أم كان الجواز من صاحب الحق، فمن حفر بئراً في أرضه فتردى بها شخص فلا يضمن الحافر، ومن حمل السيارة المستأجرة حمولتها العادية فتلفت فلا يضمن.

القاعدة (٢٣): ـ الخراج بالضمان: (المجلة/م ٨٥).

هذه القاعدة نص حديث نبوي، فالنفقة على المبيع في مقابل منافعه

وفوائده إذا أراد المشتري رده بعيب مثلاً بعد مدة من الزمن.

القاعدة (٢٤): ـ الغرم بالغنم: (المجلة/م ٨٧).

وهي عكس القاعدة السابقة، ومن فروعها نفقة رد العارية تكون على المستعير.

القاعدة (٢٥): ـ النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة: (المجلة/م ٨٨).

وهذه القاعدة تجمع بين القاعدتين السابقتين.

القاعدة (٢٦): ـ الأجر والضمان لا يجتمعان: (المجلة/م ٨٦).

هذه القاعدة محصورة بالمذهب الحنفي فقط، فالغاصب يضمن مثل المغصوب أو قيمته عند هلاكه، ولا يدفع أجرته.

القاعدة (٢٧): ـ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن: (المجلة/م ٩٦).

هذه القاعدة تعود إلى نظرية الولاية، وأنّ التصرف يشترط فيه الولاية، إما الولاية الذاتية أو الولاية المتعدية، فالولاية الذاتية على مال المتصرف، والولاية المتعدية هي الإذن بالتصرف في مال الآذن.

يتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

١ ـ **الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل**: (المجلة/م ٩٥) فكما لا يجوز للمرء أن يتصرف في مال غيره، لا يجوز له الإذن لثالث أن يتصرف فيه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٢ ـ **لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي**: (المجلة/م ٩٧) لأنه لا يجوز له التصرف فيه، فبالأولى لا يجوز له أخذه إلا بسبب صحيح.

القاعدة (٢٨): ـ يضاف الفعل إلى الفاعل، لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً: (المجلة/م ٨٩).

إذا أمر شخص غيره بالاتلاف أو القتل فيؤاخذ الفاعل لا الآمر، إلا إذا كان مكرَهاً فيؤاخذ المكرِه.

القاعدة (٢٩): ـ المباشر ضامن وان لم يتعمد: (المجلة/م ٩٢).

فمن أتلف مالاً أو قتل إنساناً فإنه يضمن، وإن لم يقصد ذلك، لأن الضمان لا يتوقف على النية.

القاعدة (٣٠): ـ المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد: (المجلة/م ٩٣).

فمن حفر حفرة في الطريق فوقع به إنسان أو حيوان فالحافر يضمن.

القاعدة ٣١ ـ إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر: (المجلة/م ٩٠).

كمن حفر حفرة في الطريق، وجاء آخر فدفع إنساناً في الحفرة فقتله، فالضمان على الدافع.

القاعدة (٣٢) ـ جناية العجماء جُبار: (المجلة/م ٩٤).

وأصل القاعدة نص حديث نبوي، والعجماء هي الدابة، والجُبار بضم الجيم المهدر الذي لا ضمان ولا مؤاخذة فيه.

كما إذا ضربت دابة دابة أخرى فلا يضمن صاحب الأولى عن الثانية.

القاعدة (٣٣): ـ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة: (المجلة/م ٩٥).

فولاية الأب أو الجد أو الوصي أو المتولي أقوى من ولاية القاضي أو السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولي له.

القاعدة (٣٤): ـ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة: (المجلة/م ٥٩).

هذه القاعدة تحدد الغاية من تصرفات الحكام، بأن تكون لمصلحة الرعية وإلا فهي باطلة.

القاعدة (٣٥): ـ يقبل قول المترجم مطلقاً: (المجلة/م ٧١).

يقبل قول المترجم في نقل الكلام من لغة إلى أخرى في جميع الدعاوى والبينات، سواء كان رجلاً أو امرأة إذا توفرت فيه العدالة والعلم باللغتين.

القاعدة (٣٦): ـ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه: (المجلة/م ٦٨).

هذه القاعدة والقواعد التي تليها تختص بوسائل الإثبات التي يعتمد عليها القاضي للفصل في الخصومات والمنازعات.

وهذه القاعدة تشير إلى الإثبات بالقرائن التي تدل على الشيء كاستعمال آلة القتل التي تدل على قصد القتل، وترك الادعاء بالحق مدة التقادم للدلالة على هدم حقه في الواقع.

القاعدة (٣٧): ـ المرء مؤاخذ بإقراره: (المجلة/م ٧٩)

القاعدة (٣٨): ـ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان: (المجلة/م ٧٥).

ويتفرع عنها:

البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة: (المجلة/م ٧٨)

القاعدة (٣٩): ـ البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل: (المجلة/م ٧٧).

ويتفرع عنها:

البينة على المدعي واليمين على من أنكر: (المجلة/م ٧٦)

القاعدة (٤٠): ـ لا حجة مع التناقض لكن يختل معه حكم الحاكم: (المجلة/م ٨٠).

هذه هي القواعد الفقهية التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرناها باختصار مع التمثيل لها، وتقسيمها إلى قواعد أصلية، وهي أربعون قاعدة، وقواعد فرعية بلغت تسعاً وخمسين قاعدة.



الخاتمة

وبعد أن انتهينا من عرض القواعد الفقهية باختصار، نأتي على ختام هذا الكتاب، على أمل المتابعة في كتابة بعض النظريات الأخرى في الفقه الإسلامي التي تعتبر من مزية هذا العصر في الدراسات الفقهية.

وتعتبر النظريات أعم وأشمل وأوسع من القواعد الفقهية، لأن كثيراً من النظريات الفقهية يندرج تحت كل منها عدد من القواعد الفقهية، وتصبح النظرية بمثابة فكر عام، ونظام كامل عن موضوع معين، له أركانه التامة، وشروطه الكاملة، ليغطي جوانب النظام التشريعي، ويشمل بأحكامه جميع الجزئيات التي تتفق في المحل والهدف والغاية.

راجين من الله تعالى التوفيق والسداد وحسن الختام، وأن يحقق لنا الآمال والمقاصد في الدنيا بالعودة إلى رحاب الفقه الإسلامي والشريعة الغراء، والنصر على الأعداء، وتحرير المقدسات، والاستقلال الفكري والتشريعي في ديار العرب والإسلام، وأن يكتب لنا الفوز في الآخرة برضوان الله تعالى، والنعيم الخالد في صحبة الأنبياء والمرسلين، والشهداء والصالحين، وعباد الله المتقين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

دمشق في ١٠ شوال ١٤١٢ هـ
الموافق ١٢ نيسان ١٩٩٢ م.

الدكتور محمد الزحيلي

وكيل كلية الشريعة للشؤون العلمية
وأستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق

***



المصادر والمراجع

١ ـ **الأحكام السلطانية**، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ط ثانية ـ ١٣٨٦ هـ/١٩٦٦ م.

٢ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي ٤٥٦ هـ. مطبعة العاصمة ـ القاهرة ـ نشر زكريا علي يوسف.

٣ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ٦٣١ هـ. طبع مؤسسة الحلبي ـ القاهرة ـ ١٩٦٧ م.

٤ ـ **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام**، أحمد بن إدريس القرافي ٦٨٤ هـ. نشر مكتب المطبوعات الإسلامية ـ حلب ـ ١٣٨٧ هـ/١٩٦٧ م.

٥ ـ **الأحوال الشخصية**، الدكتور مصطفى السباعي ١٩٦٤ م، والدكتور عبد الرحمٰن الصابوني مطابع دار الفكر ـ دمشق ـ ١٣٨٥ هـ/١٩٦٥ م.

٦ ـ **أدب القضاء**، ابن أبي الدم الحموي ٦٤٢ هـ، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي. مطبوعات مجمع اللغة العربية ـ دمشق ـ ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م.

٧ ـ **إرشاد الفحول**، محمد علي الشوكاني ١٢٥٥ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ـ ١٣٥٦ هـ/١٩٣٧ م.

٨ ـ **الإسلام عقيدة وشريعة**، الشيخ محمود شلتوت ١٣٨٣ هـ. مطبعة الأزهر ـ القاهرة ـ ١٣٧٩ هـ/١٩٥٩ م.

٩ ـ **الأشباه والنظائر**، الإمام جلال الدين السيوطي ٩١١ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ١٣٨٧ هـ/١٩٥٩ م.

١٠ ـ **الأشباه والنظائر**، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ٩٧٠ هـ مطبعة مؤسسة الحلبي ـ القاهرة ـ ١٣٨٧ هـ/١٩٦٨ م.

١١ ـ **أصول البيوع الممنوعة**، الدكتور الشيخ عبد السميع إمام. دار الطباعة المحمدية ـ القاهرة ـ ط أولى ـ رسالة دكتوراه.

١٢ ـ **أصول السرخسي**، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ٤٩٠ هـ. تصوير دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت ـ ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م.

ـ **أصول الفقه**، خلاف، انظر: علم أصول الفقه.

١٣ ـ **أصول الفقه**، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م مطبعة مخيمر ـ القاهرة.

١٤ ـ **أصول الفقه الإسلامي**، الدكتور محمد الزحيلي. المطبعة الجديدة ـ نشر جامعة دمشق ـ ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م.

١٥ ـ **أصول المحاكمات الشرعية**، الدكتور محمد الزحيلي مطابع مؤسسة الوحدة ـ دمشق ـ ١٤٠١ هـ/١٩٨١ م.

١٦ ـ **الأعلام**، خير الدين الزركلي. الطبعة الثالثة ـ بيروت ـ ١٣٨٩ هـ/١٩٦٩ م.

١٧ ـ **أعلام الموقعين**، محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية ٧٥١ هـ. طبع دار الكتب الحديثة ـ مصر ـ ١٣٨٩ هـ/١٩٦٩ م.

١٨ ـ **الأموال ونظرية العقد**، الدكتور محمد يوسف موسى ١٣٨٣ هـ. مطبعة دار الكتاب العربي ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٥٢ م.

١٩ ـ **بدائع الصنائع**، علاء الدين بن مسعود الكاساني ٥٨٧ هـ. مطبعة الإمام ـ القاهرة.

٢٠ ـ **بين الجرائم والحدود في الشريعة والقانون**، المستشار أحمد موافي، نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ـ القاهرة ـ ١٣٨٦ هـ/١٩٦٦ م.

٢١ ـ **التشريع الجنائي الإسلامي**، القاضي الشهيد عبد القادر عودة ١٩٥٥ م. طبع مكتبة دار العروبة ـ القاهرة ـ الطبعة الثالثة ١٣٨٣ هـ/١٩٦٢ م.

٢٢ ـ **الترغيب والترهيب في الحديث**، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري ٦٥٦ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ط ـ ثالثة ـ ١٣٨٨ هـ/١٩٦٨ م.

٢٣ ـ **تسهيل الوصول إلى علم الأصول**، محمد عبد الرحمٰن عيد المحلاوي ١٩٢٠ م. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ـ ١٣٤١ هـ.

٢٤ ـ **التعريفات**، السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ٨١٦ هـ. ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ـ ١٣٥٧ هـ/١٩٣٨ م.

٢٥ ـ **التعزير في الشريعة الإسلامية**، الدكتور القاضي عبد العزيز عامر. مطبعة دار الكتاب العربي ـ القاهرة ـ ط ـ ثالثة ـ ١٩٥٧ م.

٢٦ ـ **التلويح على التوضيح على التنقيح**، مسعود بن عمر التفتازاني ٧٩٢هـ. المطبعة الخيرية ـ مصر ـ ط ـ أولى ـ ١٣٢٢ هـ.

٢٧ ـ **التقنين المدني المصري**، الدكتور جمال الدين العطيفي. مطبعة الكاتب المصري ـ القاهرة ـ ١٩٤٩ م.
٢٨ ـ **تنقيح الفصول إلى علم الأصول**، أحمد بن إدريس القرافي المالكي ٦٨٤ هـ. مطبعة كلية الشريعة في مقدمة الذخيرة ـ الأزهر ـ ١٣٨١ هـ/١٩٦١ م.
٢٩ ـ **التوضيح على التنقيح**، عبيد الله بن مسعود، صدر الشريعة ٧٤٧ هـ. مطبوع مع التلويح ـ المطبعة الخيرية ـ مصر ـ ١٣٢٢ هـ.
٣٠ ـ **تيسير التحرير**، لأمير بادشاه، شرح التحرير للكمال بن الهمام ٨٦١ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ـ ١٣٥١ هـ.
٣١ ـ **جامع العلوم والحكم**، عبد الرحمٰن بن أحمد بن رجب الحنبلي ٧٩٥ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ط ثالثة ـ ١٣٨٢ هـ/١٩٦٢ م.
٣٢ ـ **الجريمة في الفقه الإسلامي**، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ بدون تاريخ.
٣٣ ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد عرفة الدسوقي ١٢٣٠ هـ. مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ مصر ـ.
ـ حاشية ابن عابدين = انظر: رد المحتار.
٣٤ ـ **ابن حنبل**، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ بدون تاريخ.
٣٥ ـ **أبو حنيفة**، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. دار الفكر العربي ـ القاهرة ـ ط الثانية ـ ١٣٦٦ هـ/١٩٤٧ م.
٣٦ ـ **الدِّية في الشريعة الإسلامية**، أحمد فتحي بهنسي. نشر مكتبة الأنجلو المصرية ـ القاهرة ـ ١٣٨٧ هـ/١٩٦٧ م.
٣٧ ـ **رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين**، محمد أمين الشهير بابن عابدين ١٢٥٢ هـ. طبع مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٦ هـ/١٩٦٦ م.
٣٨ ـ **رسائل ابن عابدين**، محمد أمين، المعروف بابن عابدين ١٢٥٢ هـ. تصوير عن مطبعة محمد هاشم الكتبي ـ دمشق ـ ١٢٢٥ هـ.
٣٩ ـ **روضة الناظر، وجنة المناظر**، موفق الدين عبد الله بن قدامة ٦٢٠ هـ. المطبعة السلفية ـ القاهرة ـ ط الخامسة ـ ١٣٩٥ هـ.
٤٠ ـ **صحيح البخاري**، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ٢٥٦ هـ. طبع دار القلم ـ دمشق ـ الطبعة الأولى ـ ١٤٠١ هـ/١٩٨١ م.

٤١ ـ صحيح مسلم بشرح النووي ٦٧٦ هـ، الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ٢٦١ هـ. المطبعة المصرية ـ القاهرة ـ طبعة أولى ـ بدون تاريخ.
٤٢ ـ طرق تدريس التربية الإسلامية، الدكتور محمد الزحيلي. طبع دار المعارف للطباعة ـ دمشق ـ ١٤١٠ هـ/١٩٩٠ م.
٤٣ ـ العرف والعادة في رأي الفقهاء، الدكتور الشيخ أحمد فهمي أبو سنَّة. مطبعة الأزهر ـ القاهرة ـ ١٩٤٧ م.
٤٤ ـ علم أصول الفقه، الأستاذ عبد الوهاب خلاف ١٩٥٦ م. مطبعة النصر ـ القاهرة ـ الطبعة السادسة ـ ١٣٧٦ هـ/١٩٥٦ م.
٤٥ ـ فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني ٥٩٣ هـ، الكمال بن الهمام ٨٦١ هـ. مطبعة المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر.
٤٦ ـ الفتح الكبير مع الزيادات على الجامع الصغير للسيوطي ٩١١ هـ، جمع يوسف النبهاني ١٣٥٠ هـ مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ مصر ـ ١٣٥٠ هـ.
٤٧ ـ الفروق، أحمد بن إدريس القرافي ٦٨٤ هـ. مطبعة دار إحياء الكتب العربية ـ مصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٤٦ هـ.
٤٨ ـ فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. طبع معهد الدراسات العربية العالية ـ القاهرة ـ ١٩٦٣ م.
٤٩ ـ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وهبة الزحيلي. مطبعة جامعة دمشق ـ ١٩٦٧ م.
٥٠ ـ فقه القرآن والسنة في القصاص، الشيخ محمود شلتوت ١٣٨٣ هـ. مكتبة الأنجلو المصرية ـ القاهرة ـ ١٣٦٥ هـ/١٩٤٦ م.
٥١ ـ فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، محمد بن نظام الدين الأنصاري ١١٨٠ هـ. مطبوع على هامش المستصفى ـ المطبعة الأميرية ببولاق ـ مصر ـ ١٣٢٢ هـ.
٥٢ ـ القاموس المحيط، مجد الدين الفيروزأبادي ٨١٧ هـ. مطبعة المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة ـ ١٣٣٢ هـ/١٩١٣ م.
٥٣ ـ القانون المدني المقارن، العقود المسماة، الدكتور محمد الزحيلي. مطبعة خالد بن الوليد ـ دمشق ـ ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م.
٥٤ ـ القصاص في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي، نشر الشركة العربية للطباعة والنشر ـ القاهرة ـ ١٣٨٤ هـ/١٩٦٤ م.

٥٥ ـ **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ٦٦٠ هـ. طبع دار الشروق للطباعة ـ القاهـرة ـ ١٣٨٨ هـ/١٩٦٨ م.

٥٦ ـ **القواعد والفوائد الأصولية**، ابن اللحام الحنبلي ٨٠٣ هـ. مطبعة السنة المحمدية ـ القاهـرة ـ ١٣٧٥ هـ/١٩٥٦ م.

٥٧ ـ **كشاف اصطلاحات الفنون**، محمد علي التهانوي ١١٥٨ هـ. تصوير مكتبة كلكتا ـ الهنـد ـ ١٨٦٢ م.

٥٨ ـ **كشف الأسرار على أصول البزدوي** ٤٨٢ هـ، عبد العزيز البخاري ٧٣٠ هـ. تصوير عن طبعة ١٣٠٧ هـ.

٥٩ ـ **كشف الخفا ومزيل الإلباس**، إسماعيل بن محمد العجلوني ١١٦٢ هـ. طبع مكتبة التراث الإسلامي ـ حلب.

٦٠ ـ **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، ملا كاتب جلبي ١٠٦٧ هـ. الطبعة الأولى ـ مصـر ـ ١٣١٠ هـ.

٦١ ـ **مالك**، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. طبع دار الكتاب العربي ـ القاهرة.

٦٢ ـ **مباحث الحكم عند الأصوليين**، الأستاذ محمد سلام مدكور. دار النهضة العربية ـ مصـر ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٤ هـ/١٩٦٤ م.

٦٣ ـ **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، إصدار وزارة العدل. مطابع مدكور ـ القاهـرة ـ.

٦٤ ـ **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، علي بن أبي بكر الهيثمي ٨٠٧ هـ. مطبعة القدسي ـ القاهـرة ـ.

٦٥ ـ **المحلى**، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ٤٥٦ هـ. المطبعة المنيرية ـ القاهـرة ـ ١٣٥٠ هـ.

٦٦ ـ **مختصر أحكام المعاملات الشرعية**، الأستاذ الشيخ علي الخفيف. مطبعة السنة المحمدية ـ القاهـرة ـ ١٣٧٠ هـ/١٩٥٠ م.

٦٧ ـ **المدخل إلى مذهب أحمد**، عبد القادر بن أحمد، المعروف بابن بدران ١٣٤٦ هـ. طبع دار الكتب المنيرية ـ القاهرة.

٦٨ ـ **المدخل الفقهي العام**، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء. مطبعة جامعة دمشق ـ دمشـق ـ الطبعة السابعة ـ ١٣٨١ هـ/١٩٦١ م.

٦٩ ـ **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي**، الشيخ محمد مصطفى شلبي. مطبعة دار التأليف ـ مصـر ـ ١٣٧٩ هـ/١٩٥٩ م.

٧٠ ـ المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الدكتور عبد الرحمن الصابوني. المطبعة التعاونية ـ دمشق ـ ١٣٩٤ هـ/١٩٧٤ م.
٧١ ـ المدخل للفقه الإسلامي، الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، دار الاتحاد العربي للطباعة ـ القاهرة ـ ١٩٦٧ م.
٧٢ ـ المدخل للفقه الإسلامي، الأستاذ محمد سلام مدكور. مطبعة دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ١٣٨٠ هـ/١٩٦٠ م.
٧٣ ـ مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، منلاخسرو ٨٨٥ هـ. طبع ١٢٩٦ هـ.
٧٤ ـ مرآة المجلة، يوسف آصاف. المطبعة العمومية بمصر ـ ١٨٩٤ م.
٧٥ ـ مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا١٣٠٦ هـ/١٨٨٨ م. المطبعة الأميرية ـ مصر ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٠٩ م.
٧٦ ـ المسؤولية الجنائية، أحمد فتحي بهنسي. دار القلم ـ القاهرة ـ ١٩٦١ م.
٧٧ ـ المستصفى من علم الأصول، أبو حامد، حجة الإسلام، محمد بن محمد الغزالي ٥٠٥ هـ المطبعة الأميرية ـ بولاط ـ مصر ـ ط أولى ـ ١٣٢٢ هـ.
٧٨ ـ المسودة في علم أصول الفقه، آل تيمية: عبد السلام ٦٥٢ هـ، عبد الحليم ٦٨٢ هـ، أحمد ٧٢٨ هـ. مطبعة المدني ـ القاهرة ـ ١٣٨٤ هـ/١٩٦٤ م.
٧٩ ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري. نشر معهد البحوث والدراسات العربية العالية ـ بجامعة الدول العربية ـ القاهرة ـ ١٩٦٧ م.
٨٠ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي ٧٧٠ هـ. المطبعة الأميرية ـ القاهرة ـ الطبعة السادسة ـ ١٩٢٦ م.
٨١ ـ المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد ٥٠٢ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ١٣٨١ هـ/١٩٦١ م.
٨٢ ـ المغني، عبد الله بن قدامة، موفق الدين الحنبلي المقدسي ٦٢٠ هـ، طبع مكتبة الجمهورية ـ القاهرة ـ ١٣٩٠ هـ/ ١٩٧٠ م.
٨٣ ـ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب ٩٩٧ هـ. مطبعة البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ١٣٧٠ هـ/١٩٦٨ م.
٨٤ ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٧٤ م. مطبعة فتح الله ـ مصر ـ الطبعة الأولى ـ ١٣٥٧ هـ/١٩٢٩ م.

٨٥ ـ من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد موافي. نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ـ القاهـرة ـ ١٣٨٤ هـ/١٩٦٥م.

٨٦ ـ الموافقات في أصول الأحكام، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي ٧٩٠ هـ. مطبعة محمد علي صبيح ـ القاهـرة ـ ١٩٧٠ م.

٨٧ ـ نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الأستاذ مصطفى الزرقاء. مطبعة الحياة ـ دمشـق ـ ١٣٨٣ هـ/١٩٦٤ م.

٨٨ ـ نظرية الشروط المقترنة بالعقد، الدكتور الشيخ زكي الدين شعبان. نشر دار النهضة العربية ـ القاهـرة ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٦٨ م.

٨٩ ـ نظرية الضرورة الشرعية، الدكتور وهبة الزحيلي. مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٩٠ هـ/١٩٧٩ م.

٩٠ ـ نظرية العقد الموقوف، الدكتور عبد الرازق حسن فرج. رسالة دكتوراه ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ ١٣٨٨ هـ/١٩٦٨ م.

٩١ ـ نيل الأوطار، محمد علي الشوكاني ١٢٥٠ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهـرة ـ الطبعة الثالثة ـ ١٣٨٠ هـ/١٩٦٠ م.

٩٢ ـ وسائل الإثبات، الدكتور محمد الزحيلي. طبع دار البيان ـ دمشـق ـ ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢ م.

٩٣ ـ الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور وهبة الزحيلي. المطبعة العلمية ـ دمشـق ـ الطبعة الثانية ـ ١٣٨٨ هـ/١٩٦٩ م.

٩٤ ـ الولاية على النفس والمال، الشيخ أحمد هريدي ـ مفتي مصـر. مذكرات لطلاب دبلوم الأحوال الشخصية بكلية الشريعة والقانون ـ الأزهـر ـ ١٩٦٦ م.

* * *



فهرس الأحاديث

الرقم	الحديث	الصفحة
١	ـ «اجتنبوا السبع الموبقات...»	٣٥
٢	ـ «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...»	٤١
٣	ـ «إذا بعتَ فقل لا خِلَابة، ولي الخيار...»	١٥٣
٤	ـ «إذا شك أحدكم في صلاته... فليطرح الشك...»	٢٢٠
٥	ـ «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكل عليه... فلا يخرج...»	٢٢٠
٦	ـ «اعتق رقبة (لمن واقع زوجته في رمضان)...»	٧١
٧	ـ «أغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»	٣٢
٨	ـ «إقامة حد من حدود الله خير لأهل الأرض...»	٤٣
٩	ـ «إن الله بعث محمداً ﷺ بالحق... آية الرجم...»	٣٢
١٠	ـ «إن الله عز وجل يبسط يده بالليل ليتوب مسيء النهار...»	٢٥
١١	ـ «إن النبي ﷺ أُتي برجل قد شرب الخمر...»	٣٦
١٢	ـ «إن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال...»	٣٧
١٣	ـ «إنك امرؤ فيك جاهلية...»	٦٥
١٤	ـ «إنّما الأعمال بالنيّات...»	٧١، ٢١٨
١٥	ـ «إنما هلك من كان قبلكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه...»	٣٦
١٦	ـ «التائب من الذنب كمن لا ذنب له...»	٢٥
١٧	ـ «جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد...»	٣٧
١٨	ـ «خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم...»	١٩٠
١٩	ـ «الرُّبَيّع كسرت ثنية جارية، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص...»	٤٧
٢٠	ـ «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم... الصبي... المجنون...»	١٤٤، ١٤٥

الرقم الحديث	الصفحة
٢١ ـ «السلطان ولي من لا ولي له...»	١٦١
٢٢ ـ «كتاب أبي بكر بن محمد بن حزم في الديات...»	٥٦
٢٣ ـ «كل ابن آدم خطّاء، وخير الخطائين التوابون...»	٢٥
٢٤ ـ «لكن جهاد ونيّة...»	٢١٨
٢٥ ـ «لو أخطأتم حتى تبلغ خطاياكم السماء، ثم تبتم...»	٢٥
٢٦ ـ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن...»	١٧٣
٢٧ ـ «نصت السنة أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود...»	٤١
٢٨ ـ «من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فإنه قود...»	٥٥
٢٩ ـ «من بدّل دينه فاقتلوه...»	٣٩
٣٠ ـ «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ...»	٩٩
٣١ ـ «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين...»	٤٦
٣٢ ـ «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها...»	١٥١
٣٣ ـ «من لا يرحم لا يرحم...»	٤٨
٣٤ ـ «نهى عن بيع الغرر...»	١١٥
٣٥ ـ «نهى عن بيع وشرط...»	١١٧، ١٩١
٣٦ ـ «نهى عن بيعتين في بيعة...»	٨٥، ١١٧
٣٧ ـ «نية المؤمن خير من عمله...»	٢١٨
٣٨ ـ «الولد للفراش...»	١٣٨
٣٩ ـ «يا أسامة، لا أراك تشفع في حد من حدود الله...»	٣٦
٤٠ ـ «لا ضرر ولا ضرار...»	٢٢٣
٤١ ـ «لا عمل لمن لا نية له...»	٢١٨
٤٢ ـ «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث...»	٣٢، ٣٩، ٤٦
٤٣ ـ «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار...»	١٤٦

* * *

الفهـرس

الصفحة

تقديم ٥

أهمية المدخل وفائدته ٧

الباب الأول في نظرية المؤيدات الشرعية ١١

التمهيد في شرح المؤيدات وأقسامها ١١

الفصل الأول: في المؤيدات التأديبية .... **(١٩ - ٧٤)**

- «نظام العقوبات» ١٩

- نظام فريد للعقوبات ١٩

- التكامل في نظام الإسلام ٢٢

- تقسيم العقوبات ٢٦

المبحث الأول: في الحدود .... **(٢٩ - ٤٣)**

- تعريف الحدود ٢٩

- أنواع الحدود ٣٠

أولاً - حد الزنا ٣١

ثانياً - حد القذف ٣٣

ثالثاً - حد السرقة ٣٥

رابعاً - حد الخمر ٣٦

خامساً - حد الحرابة ٣٧

سادساً - حد الردة ٣٨

- الصفات المشتركة للحدود ٤٠

المبحث الثاني: في القصاص والدية .... **(٤٤ - ٥٩)**

- موجبات القصاص والدية ٤٤

الصفحة

- تعريف القصاص ٤٥
- مشروعية القصاص ٤٦
- حكمة القصاص ٤٧
- أنواع القصاص ٥٠
- شروط القصاص ٥١
- صفة القصاص ٥٣
- الصفات المشتركة للقصاص ٥٤
- تعريف الدية ومشروعيتها ٥٥
- أنواع الدية ٥٦
- حكمة مشروعية الدية ٥٧

المبحث الثالث: في التعزير .... (٦٠ - ٦٩)

- تعريف التعزير ٦٠
- شمول التعزير ٦١
- الحكمة من التعزير ٦٢
- صفة التعزير ٦٣
- أنواع التعزير ٦٤
- صفات التعزير ٦٦
- تقنين التعزير كتشريع جنائي ٦٧

المبحث الرابع: في عقوبة الكفارة .... (٧٠ - ٧٤)

- الكفارة عبادة وعقوبة ٧٠
- الكفارة عقوبة محددة ٧١
- موجبات الكفارة ٧١
- أنواع الكفارات ٧٢

الفصل الثاني: في المؤيدات المدنية .... (٧٥ - ١٢٦)

- المؤيد المدني ٧٥
- مقومات العقد وشروطه ٧٦
- آثار العقد من صنع الشارع ٧٧

الصفحة

- مؤيدات العقد ٧٩
- أنواع العقد ٨٠
- أنواع المؤيدات المدنية ٨١

المبحث الأول: في نظرية البطلان .... (٨٣ - ٩٤)

- تعريف البطلان ٨٣
- سبب البطلان ٨٤
- تجزؤ البطلان ٨٥
- الفرق بين بطلان العقد وإبطاله ٨٦
- نتائج البطلان ٨٨

أولاً - نتيجة البطلان الأساسية ٨٨

ثانياً - النتائج الاستثنائية ٨٩

ثالثاً - النتائج الفرعية عن البطلان ٩٢

المبحث الثاني: في نظرية الفساد .... (٩٥ - ١٢٦)

- عود على بدء ٩٥
- تعريف الفساد ٩٥
- أساس الاختلاف ٩٨
  - أولاً - مقتضي النهي ٩٨

  ثانياً - محل النهي ١٠١
- مراتب النهي ١٠٤
- مجال نظرية الفساد ١٠٧
- وجهة نظر ١٠٩

  ١ - عقد النكاح ١٠٩

  ٢ - الدعوى ١١٠

  ٣ - الرهن ١١١
- أسباب الفساد ١١٢

  أولاً - الجهالة ١١٣

  ثانياً - الغرر ١١٤

الصفحة

ثالثاً ـ الإكراه ١١٥
رابعاً ـ الشرط الفاسد ١١٦
خامساً ـ الضرر ١١٨
ـ آثار الفساد ١١٨
أولاً ـ ترتب الآثار المقررة للعقد ١١٨
ثانياً ـ استحقاق الفسخ ١٢١
ـ شروط فسخ العقد ١٢٢
ـ الفسخ لا يرتفع بالإجازة ١٢٤

الباب الثاني في نظرية الأهلية والولاية ١٢٧

الفصل الأول: في نظرية الأهلية .... (١٢٩ ـ ١٥٦)
ـ تعريف الأهلية ١٣٠
ـ أنواع الأهلية ١٣١
أولاً: أهلية الوجوب ١٣١
ثانياً: أهلية الأداء ١٣٤
ـ أهلية الإنسان بحسب أطوار حياته ١٣٦
أولاً: أهلية الجنين ١٣٧
ثانياً: أهلية الصغير غير المميز ١٣٩
ثالثاً: أهلية المميز ١٤٢
رابعاً: أهلية البالغ العاقل ١٤٥
ـ عوارض الأهلية ١٤٧
ـ أنواع عوارض الأهلية ١٤٨
ـ أهم عوارض الأهلية ١٤٩
ـ الجنون ١٤٩
ـ العته، السكر ١٥٠
ـ النوم ١٥١
ـ الإغماء ١٥٢
ـ السفه ١٥٢

الصفحة

- الغفلة ١٥٣
- الدين، مرض الموت ١٥٤

الفصل الثاني: في الولاية الشرعية والنيابة .... (١٥٧ - ١٦٢)
- تعريف الولاية ١٥٧
- أنواع الولاية: الذاتية، وغير الذاتية ١٥٨
- تعريف النيابة الشرعية ١٥٩
- أنواع النيابة الشرعية ١٥٩
- شروط الولاية ١٦١

الباب الثالث في نظرية العرف ١٦٣
- مقدمة ١٦٣
- نشأة العرف والعادة ١٦٤
- تعريف العرف والعادة ١٦٥
- أقسام العرف ١٦٧
- حجية العرف ١٧١
أولاً - آراء الأئمة في العرف ١٧١
ثانياً - أدلة القائلين بحجية العرف ١٧٢
ثالثاً - أدلة المنكرين ١٧٤
رابعاً - الترجيح ١٧٥
- شروط العرف ١٧٦
- أهمية العرف ١٧٩
- مكانة العرف بين مصادر التشريع ١٨١
- التطبيقات الفقهية للعرف ١٨٤
- تغير الأحكام المبنية على العرف ١٩٠

الباب الرابع في القواعد الكلية
في الفقه الإسلامي ١٩٥
- نظرة تاريخية عن الفقه الإسلامي ١٩٥

الصفحة

الفصل الأول: في تعريف القواعد وفوائدها ومصادرها والتأليف فيها (١٩٩ - ٢١٦)
المبحث الأول في تعريف القواعد ١٩٩
المبحث الثاني في فوائد القواعد الكلية وأهميتها ٢٠٣
المبحث الثالث في مصادر القواعد الكلية ٢٠٥
المبحث الرابع في مؤلفات القواعد الكلية ٢٠٧

الفصل الثاني: في شرح القواعد الفقهية .... (٢١٧ - ٢٤٠)
- الخاتمة ٢٤١
- أهم المراجع والمصادر ٢٤٣
- فهرس الأحاديث ٢٥١
- فهرس الموضوعات ٢٥٣

مِنْ آثار المؤلف

١ ـ أدب القضاء، لابن أبي الدم الحموي ـ تحقيق.
٢ ـ شرح الكوكب المنير في أصول الفقه، لابن النجار الفتوحي ـ أربع مجلدات تحقيق بالاشتراك.
٣ ـ المهذب في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي ـ قسم العبادات ـ تحقيق.
٤ ـ وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ـ رسالة دكتوراه.
٥ ـ أصول الفقه الإسلامي.
٦ ـ وظيفة الدين في الحياة، وحاجة الناس إليه.
٧ ـ طرق تدريس التربية الإسلامية.
٨ ـ أصول المحاكمات الشرعية والمدنية.
٩ ـ العقود المسماة (شرح القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي).
١٠ ـ التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية.
١١ ـ الإمام الجويني ـ من سلسلة أعلام المسلمين.
١٢ ـ القاضي البيضاوي ـ من سلسلة أعلام المسلمين.
١٣ ـ الإمام الطبري ـ من سلسلة أعلام المسلمين.
١٤ ـ العز بن عبد السلام ـ من سلسلة أعلام المسلمين.
١٥ ـ تعريف عام بالعلوم الشرعية.
١٦ ـ مرجع العلوم الإسلامية.
١٧ ـ الاعتدال في التدين ـ فكراً وسلوكاً ومنهجاً.
١٨ ـ الإسلام والشباب.
١٩ ـ إحياء الأرض الموات.

٢٠ ـ النظريات الفقهية.

٢١ ـ الإسلام في الماضي والحاضر.

٢٢ ـ بحوث عن: الاجتهاد الفقهي في بلاد الشام في العصر الأموي، ملامح التنظيم القضائي، الإسلام بين الماضي والحاضر، التعويض عن الطلاق، مقاصد الشريعة، مرض الموت، العروبة عند إقبال عقيدة وفكراً، التربية النبوية، الإيمان أساس الأمن، التعريف بأشهر الأعلام وبعض كتب التراث الإسلامي.

* * *